الموسوعة العصرية
في
الفقه الجنائي الإسلامي

الطبعة الأولى
١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

© دار الشروق
أسسها محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: email: dar@shorouk. com.

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

كتاب عبد القادر عودة

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الثانى من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى

مركز السنهورى

دار الشروق

مقــدمة

هذا الجزء الثانى من المجلد الأول هو أكبر أجزاء هذا المجلد من حيث عدد صفحاته. من أسباب تضخمه ما يلى :

١ – يقابله فى كتاب التشريع الجنائى ١٩١ بندا (من ٨٢ : ٢٧٢) المخصصة للركن الشرعى والركن المادى للجريمة.

٢ – أضفنا له بحثين تكميليين :

الأول خاص بالإجماع (فى نهاية الفرع الثالث من المبحث الثانى الخاص بمصادر التشريع الجنائى) بعد حاشية البند ١٣٤، ويتكون من ٦ صفحات. وقد عرضنا فيه رأينا فى تعدد صور الإجماع ودوره الأساسى فى إعطاء القوة التنفيذية لما يسميه فقهاؤنا سند الإجماع، بقصد توحيد القضاء وحمايته من مخاطر تعارض الأحكام بسبب ما تتميز به شريعتنا من تعدد المذاهب واختلاف الآراء فى داخل كل مذهب.

أما المبحث الإضافى الثانى، فهو فى نهاية الركن الشرعى بعد (حاشية البند ٢٤٦) وعنوانه : "الأصول الشرعية تلى المصادر فى الأهمية، ودورها فى تجديد الفقه عموما والفقه الجنائى خاصة".

وفى هذا البحث المطول (الذى اشتمل على ٢٢ صفحة) عرضنا رأينا الذى سبق أن أشرنا إليه فى بحثنا الإضافى بالجزء الأول. وقلنا فيه إن النظريات التى عرضها فقهائنا (فى البنود ٢١ : ٣٧ من التمهيد للدراسة) تُعَدّ فى نظرنا أصولا تشريعية، وإن علينا أن نتابع نهجه فى استنباط أصول تشريعية تفيدنا فى تقنين التعازير بدلا من تركها لاجتهادات القضاة كما فعل أسلافنا، لأن قضاتهم كانوا مجتهدين فى حين أن قضاتنا مقلدون فقط.

لقد بينا أن هذه النظريات التى درسها فقهائنا هى فى نظرنا بداية عصر جديد للتوسع فى دراسة أصول الشريعة التى كان البعض يَعُدّونها محددة فى نطاق أصول الفقه، فى حين أنه ليس إلا مكملا لأصول شريعتنا، وأن استنباط هذه الأصول الشرعية ليس إلا توسعا فى القياس الذى بدأه أسلافنا وعَدُّوه شاملا لجميع صور الاجتهاد.

٣ – أننا توسعنا فى الحواشى على بعض البنود، لمناقشة آراء فقهائنا وتقديم أفكار تخالف ما توصل إليه، وخاصة فيما يلى :

أ) حاشيتنا على البنود ٩١–٩٣ الخاصة بتطبيق مبدإ الشرعية فى الحدود والتعازير.

ب) حاشيتينا على البنود ١٠٢–١٠٩ بشأن التعزير العقابى والتعزير الوقائى.

ج) حاشيتنا على البندين ١٢٩، ١٣٠ عن دور الإجماع فى تقنين الأحكام .

د) حاشيتنا على البنود ١٩١ – ١٩٥ توسعنا فيها فى بيان أسباب عدم تأييدنا للنتائج التى توصل إليها بشأن دعوته للقاضى أن يطبق الأحكام الشرعية بدلا من الأحكام الوضعية كلما وجد تعارض بينهما.

هـ) حاشيتنا على البنود ٢٠٠ – ٢٠٣ عرضنا فيها وجوب إنشاء مجلس لأهل الاجتهاد نتيجة لمرحلة المؤسسات فى التشريع الجنائى .

و) حاشيتنا على البنود من ٢٠٩ – ٢١٢ حيث بينا معارضتنا لتجاهل دار العهد وعدم موافقتنا على الاكتفاء بدار السلام ودار الحرب .

ز) حاشيتنا على البنود ٢٣٠ – ٢٣٢ لتأكيد أن الذميين مواطنون، لأن الجنسية علاقة سياسية وليست علاقة عقيدية .

هذه مجرد نماذج لما تضمنه هذا الجزء من اختلاف فى الرأى بينى وبين فقيهنا . وسيجد الباحث أنه يوجد مواضع أخرى كثيرة من هذا النوع. وقد أشرنا إلى أن سبب هذه الخلافات هو حرص فقيهنا على أمرين :

١ – عرض فقه السلف كما هو دون فتح الباب لما يقتضيه العصر من تعديل وتصحيح وتجديد .

٢ – حرصه على التقريب بين أحكام الفقه وأحكام القوانين الوضعية الحالية، وبخاصة القانون المصرى الذى درسه وعمل فى تطبيقه .

أما نحن فقد قررنا أن نقدم ما نراه من آراء، حتى ولو كانت تتجاوز فقه أسلافنا، أو تبعدنا عن أحكام القوانين الوضعية التى بينا من قبل أن خصائص شريعتنا تميزها عنها. وليس من حقنا أن نتجاهل هذه الخصائص المميزة من أجل التقريب بين أحكام فقهنا وأحكام القوانين الوضعية المعرضة للتغيير والتبديل كما نراه الآن ......

الجزء الثاني
من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

عوده ٨٣ ـ أركان الجريمة : قلنا في تعريف الجريمة : إن الجرائم محظورات شرعية-١- زجر الله عنها بحد أو بتعزير، وإن المحظورات هي: إما إتيان فعل منهي عنه، وإما ترك فعل مأمور به. وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية؛ لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة، وإن الفعل أو الترك لا يُعَدّ بذاته جريمة إلا إذا كان معاقبا عليه.

ولما كانت الأوامر والنواهي تكاليف شرعية، فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكليف، إذ التكليف خطاب،-٢- وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة. ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمرا أو نهيا، ومقتضيا للثواب والعقاب، كالمجنون والصبي-٣- الذي لا يميز، فهو في عجزه عن فهم

الصدر تعليق "رقم-١-": مر عليك قريبا أن الجرائم تصدق على المحظورات الشرعية وعلى غيرها.

الشاوى رأينا فى "تعليق -١-": يشير إلى أن مخالفة الأوامر الصادرة من ولى الأمر الشرعى يمكن أن تكون جريمة تستحق التعزير، فالحظر هنا صادر من ولى الأمر لا من نص شرعى ....

الصدر تعليق "رقم-٢-": ليس التكليف هو الخطاب، بل التكليف قد يستفاد من الخطاب ويكون مدلولا له كما فى الأوامر والنواهى المشتملة على أدوات الخطاب، كقوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا استعينوا بالصبر والصلاة﴾ [البقرة:١٥٣]. وقد يستفاد من غيره ولا يكون مدلولا له كما فى قوله ﷻ : ﴿الذين يؤمنون بالغيب ويقيمون الصلاة ومما رزقناهم ينفقون﴾ [البقرة :٢]. وكما يستحيل خطاب من لا عقل له ولا فهم، كذلك يستحيل تكليفه، وإن لم يكن التكليف بأدوات الخطاب، إذ كيف يكلف من لا يعقل ولا يفهم وما هو إلا كالبهيمة أو الجماد؟ ....

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢-": يشير إلى أن التكليف لا يستفاد من الخطاب فقط، لأن التكليف قد يكون فى صيغة الخبر، كما فى الآية (٢) من سورة البقرة ....

الصدر تعليق "رقم-٣-": من البديهى أن بعض أفراد الصبيان إذا بلغ سنهم قريب البلوغ يمكنهم فهم تفاصيل الخطاب، ولكن التكليف لا يتوجه إليهم للدليل الشرعى الحاكم برفع القلم عن الصبى مطلقا، من بلغ هذه الدرجة من الإدراك ومن لم يبلغها، ولعل الحكمة فى ذلك أن الغالب من الصبيان عدم فهم تفاصيل الخطاب، ولم يمكن التفريق بينهم فرفع القلم عن جميعهم ... =

‹عود٥› كالجماد والبهيمة في العجز عن فهم أصل الخطاب، ومن ثم يتعذر تكليفه؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو يتوقف أيضا على فهم تفاصيله[1].

ويتبين لما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركانا لابد من توافرها، وهذه الأركان ثلاثة:

(١) يكون هناك نص -٤- يحظر الجريمة ويعاقب عليها، وهو ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالركن الشرعي للجريمة ...

(٢) إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلا أو امتناعا، وهذا ما نسميه في اصطلاحنا القانوني بالركن المادي للجريمة ...

(٣) أن يكون الجاني مكلفا، أي مسئولا عن الجريمة، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبى..

هذه هى الأركان العامة التي يجب توافرها بصفة عامة في كل جريمة. ولكن توافر هذه الأركان العامة لا يغني عن وجوب توافر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى

= [الشاوى] رأينا فى "تعليق-٣-": يشير إلى أن عدم مسئولية الصبيان قبل البلوغ أساسها وجود نص بأن التكليف مرفوع عن الصبي، لكن هذا لا يمنع أن علة النص هى عدم توافر الفهم الكافى لديهم أو لدى أغلبهم....

[الصدر] تعليق "رقم-٤-": لا يتوقف صدق الجريمة على وجود نص لفظي يدل على حرمتها، بل يثبت كونها جريمة ولو لم يكن الدليل على حرمتها النص اللفظي، بل يثبت كون ارتكاب الفعل جريمة ولو كان الدليل على حرمته غير لفظي ... كالإجماع مثلا. كما لا يتوقف صدق الجريمة على تصريح الشارع بالعقاب عليها، بل تثبت الجريمة بمجرد ثبوت حرمتها بأى دليل كان....

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٤-": يشير إلى أن وجود الجريمة لا يرتبط دائما بنص شرعي، ولحن نوافقه على أن الجريمة يمكن وجودها بدليل غير لفظي، وكذلك الأمر فى التكليف لأن جميع الأحكام الشرعية لا يمكن أن تستمد مباشرة من النصوص، وإنما يجب فى نظرنا استنباطها من المبادئ العليا ومقاصد الشريعة التى تقوم عليها " النظريات الشرعية"، وأهمية النصوص أنها تشير إلى تلك المبادئ والنظريات سواء بتطبيقها أو بإدخال بعض الاستثناءات عليها ... ويسرنا أنه ذكر الإجماع أحد مصادر الأحكام التكليفية، وإن كان له تعليل خاص لا نوافق عليه، وسنعود لذلك عند مناقشة تعليقيه رقمى (٩٤، ٩٥) فيما بعد ...

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى، ص / ٢١٥ جزء أول، المستصفى للغزالى جزء أول ص / ٨٣ ....

‹عوده› العقاب عليها، كركن الأخذ خفية في السرقة، وركن الوطء في جريمة الزنا، وغير ذلك من الأركان الخاصة التي تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها ...

والفرق بين أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة: أن الأركان العامة واحدة في كل جريمة، بينما الأركان الخاصة تختلف في عددها ونوعها باختلاف الجريمة. وقد جرى الفقهاء الإسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة، ولكننا رأينا مجاراة للتطور الحديث في التأليف أن نبحث الأركان العامة في القسم الجنائي العام، وأن نترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائي الخاص الذي يتناول الكلام على الجرائم واحدة بعد واحدة بصفة خاصة ...

التعريف الذي توصل إليه أسلافنا من الفقهاء والعلماء، أهم ما يميزه عن تعريفات الشراح الوضعيين (المعاصرين) هو ربط التجريم وتوقفه على النصوص الشرعية المتعلقة بالأوامر والنواهي والتحريم والتحليل،والتي توصف عادة بأنها أحكام "تكليفية" .

إن شريعتنا ليست مجرد نصوص آمرة محددة للجرائم وعقوباتها كما هو شأن القانون الجنائي الوضعي (الحديث)، بل إنها قبل ذلك تخاطب "المكلف" بأوامر ونواه عليه أن يلتزم بها، ويحاسب على ذلك أمام الله في اليوم الآخر بعد البعث والنشور .

إن الحساب الأخروي أمر تختص به الشرائع الدينية،وآخرها وأكملها شريعتنا الغراء، وينبغي على كل دارس، بل على كل "مكلف" أن يلتزم بذلك أمام الله الخالق البارئ المصور ﴿مالك يوم الدين﴾ الذى يحاسب الجميع فى الدار الآخرة .

لهذا فإن الركن الشرعى عندنا أعمق وأوسع نطاقا وأكثر أهمية منه فى القوانين الوضعية لأنه يربط العقاب الدنيوى بالحساب الإلهى وبعقيدة التوحيد والبعث والنشور .

ويتبع ذلك أهمية خاصة للمخاطب بالأحكام الشرعية كلها ومنها أحكام التجريم والعقاب والمسئولية، فالمسئول عندنا هو المكلف الذى تشترط فيه جميع "شروط التكليف"، أى المسئولية الدينية والإنسانية عن مدى طاعته للأوامر"التكليفية".

إن شريعتنا تبدأ أولا بالتكليف قبل أن تقرر الجزاء والعقاب، فالقرآن الكريم يخاطب عقيدة المكلف وعقله وإرادته. فمثلا، قبل أن يفرض عليه العقاب فى جريمة الزنا يقول لنا: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾ [الإسراء:٣٢]، وقبل أن يعاقبنا على الخمر والميسر يقول : ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾[البقرة: ٢١٩]. و﴿إن الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه...﴾ [المائدة : ٩٠] ..

أما القانون الوضعى فيبدأ بتجريم فعل وفرض عقوبته، وعلى الناس أن تطيع حتى لا تتعرض للعقاب المقرر فى القانون. ومن المؤكد أن نسبة كبيرة قد تصل إلى تسعين فى المائة من مرتكبى الجرائم يُقْدِمُون عليها وعندهم أمل كبير فى الهروب من الجزاء القضائى الجنائى ...

ولهذا تزداد الجرائم لأن من يرتكبها يفلت أكثرهم فعلا من العقوبة الدنيوية ..

يُقصد بالأركان العامة القواعد التى تسرى على جميع الجرائم فيما يتعلق بأحكام الركن الشرعى والركن الأدبى (أى القصد الجنائى أو الخطأ وشروط المسئولية الجنائية).

سوف يضاف إلى ذلك (فى دراسة القسم الخاص) أن لكل جريمة أحكاما خاصة بها تتعلق بالركن المادى، أى الفعل المكون لها -والركن الأدبى- إن كان عمدا أو مجرد خطإ.

هناك موضوعان فقط يدرسان دراسة كاملة فى نطاق القسم العام – وهما:

– الركن الشرعى، ويُقصد به المصادر الشرعية التى تحرم الفعل وتجرمه وتعاقب عليه جنائيًّا، وكل ما يتعلق بهذه الناحية التشريعية .

– الركن الأدبى أو المعنوى أو الشخصى – الذى يُقصد به شروط مسئولية مرتكب الجريمة وكل ما يتعلق بها من أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب.

والحق أن الركن الشرعى موضوعه الأساسى هو ما يسمى بعلم أصول الفقه، وكل ما يرد هنا يرجع بشأنه إلى ذلك العلم المعروف إذا أردنا التوسع فيه .

أما الركن المعنوى فموضوعه هو نظرية المسئولية الجنائية، ويتصل بها ما يسمى الآن علم الاجتماع الجنائى، وكان يمكن أن يُفرد له دراسة مستقلة بعنوان "نظرية المسئولية الجنائية" أو دراسة المجرم -بعد دراسة الجريمة وقبل دراسة العقوبة- لكنه آثر دراسته بحسبانه جزءا من دراسة أحد الأركان العامة للجريمة، هو الركن المعنوى أو الركن الأدبى[1].

وقد ترتب على ذلك تضخم القسم الثانى من الكتاب الأول بعنوان "أركان الجريمة" إذ يضم البنود من 83 إلى 436 ومقدارها 354 بندا) – مقارنا بالقسم الأول (من هذا الكتاب الأول) الذى يحتوى على (44) بندا فقط (من 40إلى 83) بل ومقارنا بالكتاب الثانى كله بجميع أبوابه وفصوله ويضم واحدا ومائة بند فقط (من رقم 437 إلى537) .

---

(1) البنود 273 إلى 436 .

عوده

الباب الأول
الركن الشرعي للجريمة

٨٤ ـ تـوجـب الـشـريـعـة لِيُعَدّ الفعل جريمة أن يكون هناك نص -٥- يحرم هذا الفعل، ويعاقب على إتيانه، وهذا هو ما نسميه اليوم الركن الشرعي للجريمة ... ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع في أي وقت وفي أي مكان ومن أي شخص، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذي حرمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل، وأن يكون ساريا على المكان الذي اقترف فيه الفعل وعلى الشخص الذي اقترفه. فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم ...

فالكلام على الركن الشرعي يقتضي بحث الموضوعات الآتية، وسنخصص لكل منها فصلا خاصا:

(١) النصوص المقررة للجرائم والعقوبات، أي الأحكام الجنائية الشرعية ..

(٢) سريان النصوص الجنائية على الزمان ...

(٣) سريان النصوص الجنائية على المكان ...

(٤) سريان النصوص الجنائية على الأشخاص ...

الصلر تعليق "رقم-٥-": مر عليك قريبا توقف عدم كون الفعل جريمة على كون الدليل على حرمته نصا شرعيا مشتملا على بيان العقاب عليه ....

الشاوى رأينا في "تعليق -٥-": يتفق قوله مع ما قدمناه فيما سبق من ضرورة التقنين فقهيا في التعازير مع تذكيرنا على أن الأصل في الجرائم هي التعازير، أما الحدود والقصاص فأحكامهما استثنائية تنحصر في النصوص الشرعية في الكتاب والسنة، وأن تفسر النصوص تفسيرا ضيقا لا توسع فيه..

عني الفقيه الشهيد بدراسة الركن الشرعي للجرائم عناية خاصة سوف تقدرها له الأجيال القادمة، وسنكون نحن أول من يستفيد منها .

المبدأ العام، هو أن الشريعة تُوجب كي يُعَدّ الفعل جريمة أن يكون هناك نص يُحرِّم الفعل ويُعاقب عليه، وأن يكون هذا النص نافذ المفعول وقت ارتكاب الفعل[1]، أي أن يكون سابقا على وقوع الفعل المحرم والمعاقب عليه . وسبب ذلك أن أساس توقيع العقوبة على مرتكب فعل محرم هو افتراض علمه بهذا التحريم.

وإذا كان التحريم والعلم كافيين للمسئولية يوم الحساب أمام الله سبحانه وتعالى، فإن ذلك لا يكفي لتوقيع عقوبة أو جزاء جنائي إلا إذا وجد نص سابق يفرض العقاب الجنائي ويحدده .

ومن رحمة الله سبحانه بعباده، ومن أهم مبادئ شريعتنا الإلهية أن افتراض علم المكلف يسبقه فرض "العلم" على الناس، فواجبهم أن يتعلموا ويُعلّموا ما هم مكلفون به وما هم معرضون له من جزاء دنيوى وأخروى على الفعل المحرم .

ولا تكتفي شريعتنا بجعل "العلم" فريضة على كل مكلف "مسلم ومسلمة"، بل إنها تسهِّل له أسباب هذا العلم، ولهذا نزل القرآن الكريم وفرض على الناس تلاوته وفهمه بل وحفظه لكي يعرفوا منه أصول التكاليف الشرعية .

وكلما تقدم الزمن وتعقدت أمور العيش، زاد واجب العلماء في تسهيل مهمة "العلم" بالتكاليف والجزاءات الشرعية، ولذلك حرصنا منذ بداية البحث على القول بأن التقنين الشرعي أصبح من أول واجبات الفقهاء والعلماء وأهل الاجتهاد ليكون الركن الشرعي مبيّنا على نصوص فقهية متجددة محكمة للنصوص الأساسية في الكتاب والسنة.

(1) لقد خصص لهذا الركن جزءا كبيرا من مجهوده في دراسة القسم العام للجرائم، فاستغرق من كتابه مائة وأربعة وستين بندا .

الفصل الأول
النصوص المقررة للجرائم والعقوبات
أي الأحكام الجنائية الشرعية

عود٥ ٨٥ـ الكلام على الأحكام الجنائية الشرعية يقتضي الكلام على :
(أولا) : الأحكام وأثرها فى الجريمة والعقوبة. (ثانيا) : أدلة الأحكام الجنائية الشرعية، أى مصادر التشريع الجنائى. (ثالثا) : تفسير الأحكام الجنائية. (رابعا) : تعارض الأحكام، أى النصوص ونسخها وبطلانها. (خامسا) : علاقة الأحكام الشرعية بالأحكام القانونية. وسنخصص لكل واحد من هذه الموضوعات مبحثا خاصا ...

المبحث الأول
في الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها في الجريمة والعقوبة

٨٦ـ تمهيد : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية أي النصوص إلى نوعين : أحكام تكليفية، وأحكام وضعية. فالحكم التكليفي هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف، أو كفه عن فعل، أو تخييره بين فعل والكف عنه.(1) ويسمى هذا الفعل تكليفا؛ لأنه يتضمن إلزام المكلف إتيان فعل، مثل قوله ﷺ : ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [النساء:٥٨]. أو إلزام المكلف الكف عن فعل، مثل قوله ﷺ : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾[الإسراء:٣٣]. وقوله ﷺ: ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ [الإسراء:٣٢]. أو تخيير المكلف في إتيان الفعل والكف عنه، مثل قوله ﷺ : ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة:٢]. وقوله ﷺ : ﴿ومن قُتِل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا﴾ [الإسراء:٣٣] ...

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص/١٨١ وما بعدها، المستصفى للغزالى الجزء الأول ص/٦٥ وما بعدها، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص/٧٤ ...

عودة

والحكم الوضعي هو ما اقتضى جعل شيء سببا لشيء -٦- أو شرطا له أو مانعا منه. ويسمى الحكم وضعيّا لأنه يقتضي :

(١) وضع أسباب لمسببات كقوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]. وقوله تعالى : ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢]. فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سببا في قطع يد السارق، واقتضى الحكم الثاني جعل الزنا سببا لجلد الزاني ...

(٢) أو يقتضي وضع شروط للمشروطات كقوله تعالى : ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ [النور:١٣]... فهذا الحكم يقتضي اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا. ومثل قول الرسول ﷺ: "لا قطع إلا في ربع دينار". فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر ...

(٣) أو يقتضي وضع موانع من أحكام، مثل قول الرسول ﷺ : "لا قطع في ثمر معلق". فهذا الحكم يقتضي جعل تعليق الثمر، أي عدم حصد الحاصلات والثمار، مانعا من القطع في سرقتها. ومثل قوله ﷺ : "لا ميراث لقاتل". فهذا الحكم يقتضي جعل القتل الحاصل من الوارث مانعا له من الإرث(١) ...

الصدر: تعليق "رقم-٦-": اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفرى فى الحكم الوضعى وتعريفه وتحديده، والرأى الراجح هو أن الحكم الوضعى هو كل حكم ليس بتكليفى لا يختص بالموارد التى ذكرها المصنف.

الشاوى: رأينا فى "تعليق-٦-" : إننا نتفق تماما مع السيد الصدر فى تعريفه للحكم الوضعى بأنه كل حكم ليس بتكليفى، ولا يمكن حصر حالاته ...

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص:٨١ وما بعدها، المستصفى الجزء الأول ص:٩٣، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص: ٧٤ وما بعدها.

عوده والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي يظهر من وجهين: أولها :
أن الحكم التكليفي يقصد به طلب فعل أو الكف عنه، أو التخيير بين إتيان الفعل وتركه. أما الحكم الوضعي، فلا يقصد به طلب ولا كف ولا تخيير، ولكن المقصود منه بيان الأسباب والشروط والموانع. ثانيهما : أن الحكم التكليفي يكون دائما في مقدور المكلف، فيستطيع أن يفعله أو يتركه إن شاء، أما الحكم الوضعي فقد يكون أمرا في مقدور المكلف، وقد لا يكون في مقدوره ...

وينبغي أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشتمل على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد، ومثل ذلك قوله ﷺ : ﴿والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾. فهذا النص يشتمل على حكم تكليفي هو طلب الكف عن السرقة، ويشتمل في الوقت نفسه على حكم وضعي هو جعل السرقة سببا في قطع يد السارق.

وليس يهمنا فيما يتعلق بالنص على الجريمة إلا الحكم التكليفي المقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل. أما الأحكام التكليفية المخيرة، فلا يعاقب على تركها أو إتيانها، ولا يُعَدّ إتيانها أو تركها جريمة على الرأي الراجح. وفيما يتعلق بالنص على العقوبة، فيهمنا الحكم الوضعي سواء كان سببا أو شرطا أو مانعا لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها -٧- ...

الصدر تعليق "رقم-٧- ": مر عليك قريبا عدم اختصاص الحكم الوضعى بهذه الموارد، بل هو كل حكم ليس بتكليفى، سواء كان لبيان الأسباب والشروط والموانع أم لبيان أمر آخر، كقوله ﷻ: ﴿فاسألوا اهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾[النحل:٤٣]، فإن هذه الآية المباركة وردت لإعطاء صفة الحجية لكلام أهل الذكر، وكالآية الواردة فى مقام من له الولاية، وهى قوله ﷻ: ﴿إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون﴾ [المائدة:٥٥]، فقد اعطت هذه الآية المباركة الولاية لله ﷻ وللرسول ﷺ ولأمير المؤمنين على (ع)؛ لأنه (ع) الوحيد الذى آتى الزكاة وهو راكع فى صلاته كما صرحت بذلك الأخبار المعتبرة ....

الشاوى رأينا فى "تعليق-٧- ": إشارته إلى وجود نص قرآنى يمنح الولاية لأمير المؤمنين على بن أبى طالب (دون غيره من الصحابة) فهذا تفسير خاص بالفقه الشيعى، أما فى الفقه السنى فإن ولايته مستمدة من اختياره للخلافة بقرار من أهل الشورى، وبهذا يستوى فى فقهنا مع من سبقه من الخلفاء الراشدين دون حاجة لنسبة العصمة له دون غيره ....

تتميز شريعتنا بأن نظامها الجنائي ليس محصوراً في النصوص التي تفرض عقوبات جنائية على الأفعال المكونة للجرائم، كما هو الشأن في القوانين الوضعية التي جرى العرف على تسميتها "قوانين العقوبات" – وإنما تبدأ النصوص الإلهية بما يسمى الأحكام التكليفية، أي النصوص الشرعية التي تتضمن أوامر ونواهي موجهة إلى المخاطب بالشريعة، والذى يُوصف بأنه "المُكلَّف"، أى الشخص الذى توافرت فيه شروط المسئولية عن أفعاله وسلوكه، وتفرض عليه عقيدته الالتزام بالتكاليف التي تأمره وتنهاه، وتفرض عليه قيما أخلاقية وسلوكية في حياته.

إن اهتمام شريعتنا بالنصوص التكليفية قبل النصوص العقابية يؤكد اختلافها عن "القوانين الوضعية" التي تجعل موضوعها فقط تحديد الجرائم بحسبانها سببا للعقوبات، ولا ترى داعيا للنص على الأوامر والنواهي الأخلاقية لأن مجرد النص على الجريمة وعقابها في نظرهم يكفى لتحريم الفعل المكون لها. لكن شريعتنا تبدأ بإقناع المخاطب بالالتزام بتجنب هذه المحظورات الشرعية، وهذا هو دور "العقيدة".

إن الطبيعة الإلهية والدينية في شريعتنا لا تتبع المنهج "الوضعي"، لأن نصوصها تخاطب أولا ضمير الفرد، وترشده عقيدته ذاتها إلى السلوك الشرعي الصحيح وتلزمه به – فالهدف التربوى والإرشادى هو الأساس في النصوص الشرعية – لأن التربية هى المهمة الأولى والهدف الأول للعقيدة والدين – وهذه التربية تشمل ما يدخل ضمن "الأخلاق". فشريعتنا لا تفصل بين العقيدة والأخلاق والقوانين. وهى بهذا تمتاز عن النصوص الوضعية وتختلف عنها من حيث منهاجها وطبيعتها.

وعلى.ذلك، فإن وصف القوانين الجنائية الصادرة عن الدولة بأنها "وضعية " يُقصد به أنها ليست إلا مبينة لأسباب العقاب وشروطه، ولا تهتم بتربية الفرد على السلوك القويم لأن ذلك في نظر الفقه "الوضعي" من اختصاص علم الأخلاق ومبادئ الأديان المنفصلة عن "القوانين".

إن القوانين الوضعية، تكون بذلك مكملة وتابعة لمبادئ الدين والأخلاق، ولا تستغنى عنها ولا تُغنى عنها كما يريد اللادينيون والعلمانيون الذين ينادون بفصل الدين عن الدولة وقوانينها.

إن من يصفون أنفسهم بأنهم عَلمانيون أو لادينيون مخطئون، لأنهم يتجاهلون العقائد الدينية والقيم الأخلاقية؛ بل يتنكرون لها ويريدون أن يخضع الفرد والمجتمع للقوانين الوضعية فقط، وهم بذلك يخلون بطبيعة تلك القوانين بحسبانها مجرد تكملة وفرع تابع لما هو أهم منها وهو مبادئ الدين وقيم الأخلاق والتربية – فلا يجوز الاقتصار عليها واستبعاد تلك المبادئ الأساسية المهمة، لأن فصلها عن تلك المبادئ يُفقدها فاعليتها، ويفتح للأفراد باب التهرب منها لعدم اقتناعهم بالقيم التي تستند إليها .

إن وصفنا للقوانين المستوردة بأنها وضعية لا يقصد به فقط أنها من وضع البشر أو الدولة أو من يتكلمون باسمها بالحق أو بالباطل ليعطوا لأنفسهم سلطة تشريعية ذاتية لا تلتزم بعقيدتنا ولا شريعتنا الإلهية، وإنما يقصد به أيضا أن هناك فرقا أساسيًا فى فقهنا بين ما يُعْرف بالأحكام التكليفية التي هى منبع الأوامر والنواهي الشرعية ووعاؤها، وبين ما يسميه فقهاؤنا الأحكام الوضعية التي تقتصر على بيان أسباب العقاب وشروطه .

إن ما يقصد بالأحكام الوضعية هو ما يتضمن وضع أسباب أو شروط أو موانع، دون ربطها بالأحكام التكليفية، وهذا هو شأن القوانين التي تفرضها الدول دون أن تشير إلى التكاليف الدينية والأخلاقية التي تربطها بالعقيدة، ويريد اللادينيون أن يفصلوها عن القيم الأخلاقية والعقائد الدينية، وينتج عن ذلك قصورها فى إقناع الأفراد بطاعتها والالتزام بها كلما وجدوا وسيلة للهروب من العقاب، وهذا هو شأن أكثر مرتكبي الجرائم الذين يتخذون كل ما يستطيعون من احتياطات ليفلتوا من المحاكمات والأحكام "الوضعية".

ثم إن الفقه لا يقف عند الأحكام الوضعية أو التكليفية. بل إنه يستفيد منها فى استكشاف المقاصد السامية لتلك الأحكام التي يستنبط منها المبادئ والنظريات التشريعية العامة التي توصله لاستنباط أحكام يواجه بها ما يستجد من مشكلات وقضايا – تحتاج إلى حلول تناسب ظروف الزمان والمكان – ولا يكون اختيار هذه النصوص المحدودة عشوائيا بل تكون فى مجموعها أساسا لكل ما يحتاج إليه المجتمع الصالح من قيم ومثل عليا مهيمن على تشريعنا فى جميع فروعه وأحكامه ...

عوده ٨٧- قواعد أصولية شرعية : من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية : أنه "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"، أي أن أفعال المكلف المسئول لا يمكن وصفها بأنها محرمة مادام لم يرد نص بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها ...

وهناك قاعدة أساسية أخرى تقتضي بأن : "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"، أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسئولية على فاعله أو تاركه ...

وهاتان القاعدتان[1] تؤديان معنى واحدا،-٨- هو أنه لا يمكن عَدّ فعل أو ترك جريمة

الصدر تعليق "رقم-٨- ": فهما متفقان فيما ذكره المؤلف، وإن اختلفا فى جهة أخرى. فمحتوى القاعدة الأولى أن أفعال العقلاء قبل ورود النص الشرعى لا توصف بالإباحة ولا بالحرمة واقعا. ومحتوى القاعدة الثانية أن الأفعال قبل ورود النص الشرعى توصف بالإباحة ظاهرا، ومعنى الإباحة الظاهرية هى التى تعين الوظيفة الشرعية من ناحية إتيان الفعل وتركه حين عدم العلم بحكمه الواقعى. وقد أطال علماء الفقه الجعفرى فى التحدث عن هاتين القاعدتين وعن الاحتياط الشرعى وعن موارد كل من البراءة والاحتياط، فليراجع الكتب الموسعة فى المقام ....

الشاوي رأينا فى "تعليق-٨-": تفرقة دقيقة لابد من ملاحظتها. فالإباحة الأصلية يقصد بها عدم تحريم الفعل، أما ما يسميه الإباحة الظاهرية فيقصد بها عدم تجريم الفعل فى زمان معين ومكان معين لعدم وجود نص وضعى على عَدّه جريمة معاقبا عليها. فالتحريم أوسع نطاقا من التجريم، أى أن المحرمات ليست كلها جرائم معاقبا عليها ....

---

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية، والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإباحة تستدعى مبيحا، والمبيح هو الله ﷺ إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تخيير ولا إباحة، فالأفعال عند هؤلاء لا محظورة ولا مباحة، ولا حرج فى إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو إباحتها .

وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الإباحة هو ألا حرج فى إتيان الفعل .

وقد كان هذا الخلاف سببا فى وضع هاتين القاعدتين الأصوليتين، ومن شاء أن يستزيد فليراجع الفحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص/ ١٣٠ وما بعدها، والمستصفى للغزالى ج/ ١ ص/ ٦٣ وما بعدها، ومسلم الثبوت ج/١ ص /٤٩، والإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج/١ ص/٥٢ وما بعدها .

عوده — إلا بنص صريح-٩- يحرم الفعل أو الترك. فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولا عقاب على فاعل أو تارك. ولما كانت الأفعال المحرمة لا تُعَدّ جريمة في الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها سواء كانت العقوبة حدا أو تعزيرا، فإن المعنى الذي يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ...

وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضي بأنه "لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف، أهلا لما كلف به،-١٠- ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله"(١) ...

فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توافرها في المكلف، أي الشخص المسئول، والشروط الواجب توافرها في الفعل المكلف به ...

فأما المكلف فيشترط فيه أولا : أن يكون قادرا على فهم دليل التكليف، أي أن يكون في استطاعته فهم النصوص الشرعية-١١- التي جاءت بالحكم التكليفي؛ لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمتثل ما كلف به ...

ثانيا : أن يكون أهلا لما كلف به، أي أن يكون أهلا للمسئولية وأهلا للعقوبة ..

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

أولا : أن يكون ممكنا، فلا تكليف بمستحيل ...

الصدر — تعليق "رقم-٩-": بل إلا بدليل معتبر كما أشرنا إلى ذلك آنفا، نصا كان لا يحتمل معنى آخر أو ظاهرا فى معناه عرفا وإن احتمل سواه لفظيا كان، كآية مباركة، أو حديثا معتبرا أو لم يكن لفظيا كالإجماع والسيرة وهو المسمى باصطلاح علماء الفقه والأصول بالدليل اللبى سواء كان الدليل المثبت للحرمة مشتملا على بيان استحقاق العاصى للعقاب، أو كان مجردا عن بيان العقاب ومقتصرا على النهى عن الفعل.

الشاوى — رأينا فى "تعليق-٩- ": يشير إلى ما سبق أن أيدناه، وهو عدم حصر التحريم بالنصوص الشرعية (يقصد بها الكتاب والسنة)، بل يكفى أى دليل معتبر بما فى ذلك ما سماه "الدليل اللبى" ويقول إنه يشمل الإجماع والسيرة (نعتقد أنه يقصد بها السنة العملية)، ويؤسفنا أن يتجاهل الاجتهاد.

الصدر — تعليق "رقم-١٠ -": ولو بإفهام غيره له الجهلة باللسان، فإن الشرط هو إمكان تفهيمه الحكم المستفاد من الدليل على الحرمة أو الوجوب، وإن لم يكن قادرا على فهم تفاصيل الحكم الشرعى..

الصدر — تعليق "رقم-١١-": بالمعنى السابق ....

الشاوى — رأينا فى "تعليقى-١٠- و -١١- ": بشأن الفهم والعلم، يشير إلى أن المقصود هو مجرد إمكان الفهم والعلم، وليس خصوص العلم والفهم فعلا، ولا اعتراض على ذلك ....

---

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص / ١٧٣ ....

<عوده> ثانيا : أن يكون مقدورا للمكلف، أي في قدرة الشخص إتيانه أو تركه، فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به ...

ثالثا : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوما للمكلف -١٢- علما تامّا يحمله على الامتثال. والعلم التام الذي يحمله على الامتثال يقتضي :

(أ) العلم بالأحكام التكليفية، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على الكافة، فمن لم يعلم بأمر أو نهي لا يمكن أن يأتمر به أو ينتهي عنه. -١٣- وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعني أن لا جريمة بلا نص ينشر على الناس ...

(ب) أن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان، وهذا يقتضي علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة. وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضي النص على العقوبة -١٤- ...

وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعني كالقاعدتين السابقتين أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص -١٥- ...

الصدر تعليق "رقم -١٢-": لا يشترط في الفعل المكلف به أن يكون معلوما للمكلف، لبداهة صحة تكليف الجاهل إذا كان متمكنا من امتثاله في الزمان الذي يجب عليه امتثاله، ولا يتوقف صحة التكليف على العلم به مع وضوح أن التكليف لو لم يسبق العلم فبماذا يتعلق العلم يا ترى؟ فلابد من تقدم التكليف على العلم ليتعلق العلم به ...

الصدر تعليق "رقم -١٣-": إن الإنسان المكلف بصفته عبد الله إذا احتمل وجود أحكام صادرة منه سبحانه وكان قادرا على امتثاله، فإن العقل يلزمه بالفحص عليها مقدمة لامتثالها وإطاعتها، فلا يتوقف إمكان امتثال الأحكام على العلم بها ...

الشاوي رأينا في "تعليقي-١٢-و-١٣-": راجع رأينا على تعليقي-١٠- و-١١-... كما أنه يؤكد أن الفهم يمكن أن يكون بواسطة شخص آخر وليس من الضروري أن يكون مباشرا، ويضيف أن الفرد يلزم بالفحص عن التكاليف للامتثال بها ...

ونحن نضيف أن المجتهدين وأهل الذكر واجب عليهم تسهيل الفهم والعلم على جميع الأفراد، وذلك عن طريق الشرح والدعوة والتقنين الذي نقول دائما إنه واجب في هذا العصر وما بعده ..

الصدر تعليق "رقم-١٤-": لا يلزم الجريمة استحقاق مرتكبها العقاب، اشتمل النص على بيان العقوبة أو لم يشتمل، فلا يشترط في صيرورة الفعل جريمة اشتمال النص على العقاب كما أشرنا إلى ذلك آنفا.

الصدر تعليق "رقم-١٥-": بالمعنى الآنف الذكر ...

الشاوي رأينا في "تعليقي-١٤-و-١٥-": كلمة النص في قوله بعدم اشتراط اشتمال النص على العقاب فإن المقصود هنا هو نصوص الكتاب والسنة، أما تطبيق مبدإ أنه لا عقوبة إلا بنص في التعازير فيكفي فيه وجود نص وضعي في الفقه أو القضاء، والتقنين هو الصورة العصرية للفقه ...

عوده ٨٨ ـ مصدر هذه القواعد الأصولية : وهذه القواعد الأصولية التي تقطع بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-١٦- في الشريعة الإسلامية، لا تستند فيما جاءت به إلى العقل والمنطق، ولا تستند إلى نصوص الشريعة العامة التي تأمر بالعدل والإحسان، وتحرم الظلم والحيف، وإنما تستند إلى نصوص خاصة-١٧- صريحة في هذا المعنى، منها قوله ﷻ : ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾[الإسراء: ١٥]، وقوله ﷻ: ﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا﴾[القصص:٥٩]، وقوله ﷻ : ﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾[النساء:١٦٥]، وقوله ﷻ : ﴿لأنذركم به ومن بلغ﴾ [الأنعام:١٩]، وقوله ﷻ :﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة:٢٨٦]، وقوله ﷻ :﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغْفَر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال:٣٨]. فهذه النصوص قاطعة في أن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله، وأنه ما كان ليكلف نفسا إلا بما تطيقه ...

الصدر تعليق "رقم-١٦-": بالمعنى السابق ..

الصدر تعليق "رقم-١٧-": منها قوله ﷻ في [سورة الطلاق:٧]. ﴿لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها﴾.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٧-": يؤيد ما قاله فقيهنا بوجود نصوص قرآنية على مبدإ "أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وكنا نود لو أنهما أشارا إلى أن مثل هذه النصوص تؤيد العقل والمنطق والمبادئ الشرعية الخاصة بالعدل والإحسان، ولذلك لم يكن هناك مبرر لاستبعادها ...

نحن نهتم كثيراً بهذا المبدإ، ونقدر له عنايته بإرجاع كل نقاط بحثه إلى منابعها الإلهية فى نصوص القرآن الكريم وحرصه على الإحاطة بها – ونرجو أن يكون هذا هو المنهاج الذى يتبعه الجميع فى عمليات التنظير، حيث إن القرآن هو دستور الشريعة ومصدرها الإلهي الذى يضمن لها السمو والخلود والتجدد الدائم.

والتفرقة بين ما يُعَدّ حكما تكليفيا وما يُعَدّ نصا "وضعيا" هى من أهم إنجازات أسلافنا، وأهم نتائجها هى أن كل حكم وضعى يجب أن يكون أساسه قاعدة تكليفية سواء صرح بها المشرع أم تركها للدين والأخلاق. وهذا يبين أهمية دور الدين والأخلاق فى المجتمع وفى النظم الاجتماعية والجنائية بشكل خاص. ومزية أخرى لفقهائنا هى عنايتهم بشروط "التكليف"، وهى ما نسميه فى عصرنا "بالمسئولية". ومبدأ أن الأصل فى الأشياء الإباحة، معناه أن كل ما لم يرد نص بتحريمه مباح، ولذلك قالوا "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص".

ويسرنا تأكيده على أن هاتين القاعدتين هما أساس مبدإ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح، وأن هذا المبدأ من أهم أصول شريعتنا.

وكما قلنا إن فقهاءنا يربطون بين هذا المبدإ وما يشترط من إمكان علم المكلف بالنص التكليفى علما كافيا يحمله على امتثاله. ولا يوجد هذا العلم إلا إذا كان قادرا على فهم دليل التكليف، وهذا هو أساس شروط المسئولية التى يجب توافرها فى المكلف. كما أنه أساس الشروط اللازمة فى الفعل المكلف به، وشروط علم المكلف بالنص وأهمها أن يكون العلم المتوافر لدى الشخص كافيا لحمله على الامتثال لما كلف به، والمفروض أن يكون المكلف عالما بالنص أو قادرا على أن يعلمه..

* * *

وهذا المبدأ تقرره نصوص قرآنية صريحة، ذكر منها آية الإسراء (رقم 15) والقصص (رقم 59) والنساء (رقم 165) والأنعام (رقم 19)... إلخ.

من هذه الآيات القرآنية يستمد الفقه القواعد الأصولية التى أشرنا إليها، لما يؤكد أنه لا يمكن عَدّ أى فعل جريمة إلا بنص صريح، وأن الأفعال المحرمة لا تُعَدّ جريمة جنائية إلا بتقرير العقوبة عليها، وأن ما لم يرد نص شرعى أو فقهى (تقنينى أو قضائى) بتجريمه والعقاب عليه فلا مسئولية جنائية على فاعله ولا عقوبة.

عوده ٨٩ـ متى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص؟ : وجدت هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا،حيث جاءت بها نصوص القرآن كما بينا. ولهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة إلا في أعقاب القرن الثامن عشر الميلادي، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية،وقررت لأول مرة في إعلان حقوق الإنسان الصادر في سنة ١٧٨٩م، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية ...

٩٠ ـ *كيف تطبق الشريعة القاعدة* ؟ : بينا فيما سبق أن القاعدة العامة في الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، ودللنا على ذلك بإيراد النصوص الشرعية التي تقرر القاعدة، وبإيراد القواعد الأصولية التي وضعت تطبيقا لهذه القاعدة العامة.

وإذا كانت الشريعة تقضي بتطبيق القاعدة على كل الجرائم، فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد في كل الجرائم، بل إن كيفية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية أو جرائم التعازير.

وسنرى فيما يلي كيف تطبق الشريعة القاعدة على مختلف أنواع الجرائم .

إن الشرعية تمتاز بسبقها على القوانين الوضعية الأوروبية، إذ إنها قررت هذا المبدأ العام منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا، فى حين أن أوربا لم تعلنه إلا فى نهاية القرن الثامن عشر الميلادى بعد ثورات متعددة سالت فيها دماء كثيرة – وأعتقد أن كثيرين من المعاصرين فى حاجة إلى تذكيرهم بذلك فى كل مناسبة .

ومن الغريب أن لدينا من يسمون أنفسهم دعاة "التنوير" الذى ينسبون هذا المبدأ الشرعى إلى الثورة الفرنسية أو إعلان حقوق الإنسان الذى أصدرته الأمم المتحدة بعد ذلك – ويتجاهلون سبق الشريعة إلى ذلك – لأنهم يريدون لشعوبنا أن تكون عالة على الثقافة المستوردة وتعزل نفسها عن أصول شريعتها وثقافتها وعقيدتها بل وتاريخها كله .

وتمتاز شريعتنا بالتنوع فى طريقة التنفيذ، فقد حرص المشرع الإلهى على فرض العقوبة بنصوص قرآنية بالنسبة لعدد محدود من الكبائر، وهى الجرائم التى تدخل فى نطاق الحدود والقصاص – أما النصوص (الشرعية) التى يُستند إليها فى تجريم "التعازير"، فإنها جاءت عامة تكتفى ببيان المعاصى والمحرمات من الأفعال فى الأحكام التكليفية، وتركت للمجتهدين تحديد ما يُعاقب عليه منها، كما حددت مجموعة من العقوبات يختار أهل الاجتهاد منها ما يناسب كل زمان ومكان .

ونحمد له حرصه على تعريف القاعدة بأنها "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" لأن هذا هو المبدأ الذى يعرفه أساتذة القانون الوضعى ودارسوه وطلابه . لكن الواقع أن المبادئ الشرعية المذكورة فى مستهل البند 87 فيما سبق، والتى نقلها عن فقهائنا: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"، "والأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة"، هى التى تتفق مع أصالة فقهنا وتدرج مصادره وتفاوتها .

إن القوانين الوضعية لا تعرف إلا نصّا واحدا هو الذى تصدره الدولة – أما فقهنا فإن النصوص "الشرعية" يقصد بها نصوص الكتاب والسنة فقط، وكل الأحكام الفقهية يجب أن تستمد منها مباشرة أو بطريق غير مباشر بالاجتهاد أو القياس بجميع أنواعه .

وإذا كنا نحن نرى وجوب تقنين الفقه الجنائى، فليس معنى ذلك أن نصوص التقنين تغنى عن الاستنباط من النصوص الشرعية أو تحل محلها – بل إن التقنينات تبقى فى نظرنا نصوصا فقهية مثل نصوص كتب الأئمة والفقهاء – كل ما هنالك أنها تصاغ فى صورة مواد وأبواب وفصول لتسهيل ضبطها والرجوع إليها – وقد قام كثير من فقهائنا بنظم أحكام الفقه شعرا – وهذا التقنين هو النظم الذى توصلت له العلوم القانونية العصرية وتعوده الجمهور والأساتذة والباحثون، فمن الأولى تقديم فقهنا لهم فى هذه الصورة العصرية – دون أن يكون ذلك سببا لتحويلها إلى قوانين وضعية، بل تبقى فقها مستنبطا من النصوص الشرعية بطريق غير مباشر.

الفرع الأول
لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود

عوده

٩١ - **أثر القاعدة في جرائم الحدود** : تطبق الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقا دقيقا في جرائم الحدود، وهذا ظاهر بجلاء من تتبع النصوص التي وردت في هذه الجرائم ..

وجرائم الحدود سبع: -١٨-

(١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة

(٥) الحرابة (٦) الردة (٧) البغي

ففي جريمة الزنا يقول الله ﷻ : ﴿ولا تقربوا الزنا﴾ [الإسراء: ٣٢]. ويقول: -١٩- ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢]. ويقول الرسول ﷺ: "خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة". فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم، وهي كل العقوبات -٢٠- المقررة للزنا في الشريعة ...

الصدر تعليق "رقم-١٨-": ذكرنا آنفا أن الفقه الجعفري يضيف إلى ذلك ثلاث جرائم وهي اللواط والمساحقة والقيادة ...

الشاوي رأينا في "تعليق-١٨-": ما قاله في التعليق سبق أن عارضناه في مناقشتنا للتعليق رقم-٦- على البند (٥١) ...

الصدر تعليق "رقم-١٩-": ويقول ﷻ في سورة الفرقان (٦٨ ، ٦٩) في صفات المؤمنين : ﴿ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما * يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا﴾.

الشاوي رأينا في "تعليق-١٩-": يشير إلى نصوص أخرى يرى أنها تحرم الزنا وتعاقب عليه ...

الصدر تعليق "رقم-٢٠-" : وفي الفقه الجعفري عقوبة أخرى هي القتل، وهو عقوبة للزاني في ثلاث حالات. الأولى : من زنى بإحدى محارمه فإن حده القتل، للحديث المعتبر المروي عن أحد الإمامين : إما محمد بن علي الباقر، وإما جعفر بن محمد الصادق، إنه (ع) قال : "من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربة بالسيف". ويشهد لصحة هذا الحكم من طرق حفاظ السنة والجماعة ما في الجزء التاسع من كتاب المغني لابن قدامة ص/٢٦ عن الجوزجاني وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ. "من وقع على ذات محرم فاقتلوه". =

= الثانية : الكافر إذا زنى غير المسلم بمسلمة فإن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن حده القتل وإن لم يكن محصنا، ويدل على ذلك الخبر المعتبر الذي يرويه حنان بن سدير عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع). أنه سئل عن يهودي فجر بمسلمة فقال : يُقتل ...

ويشهد لصحة هذه الفتوى ما اتفق عليه المسلمون من أن الكافر لا يصح له السكنى في بلد الإسلام إلا مع الالتزام بشرائط الذمة التي منها ألا يفسد نساء المسلمين، فإذا زنى بمسلمة فقد خالف هذا الشرط وخرج عن الذمة فيجب قتله ..

الثالثة : الحالة الثالثة التي يكون حد الزاني فيها القتل هي ما لو أكره الرجل امرأة فزنا بها، يدل على صحة هذه الفتوى أخبار معتبرة مروية عن أئمة أهل البيت (ع) منها خبر العجلي المعتبر الذي يرويه عن الإمام محمد بن علي الباقر (ع) أنه سئل عن رجل اغتصب امرأة فرجها، قال يقتل محصنا كان أو غير محصن. ويؤكد صحة هذا الرأي ما في كتاب أعلام الموقعين لابن قيم ص/٣٧١، قال : خرجت امرأة تريد الصلاة فتحللها رجل فقضى حاجته منها، فصاحت، ومر عليها غيره فأخذوه فظنت أنه هو، وقالت هذا الذي فعل بي، فأتوا به النبي ﷺ فأمر برجمه، فقام صاحبها الذي وقع عليها فقال أنا صاحبها. فقال لها النبي ﷺ: اذهبي فقد غفر الله لك، وقال للرجل قولا حسنا فقالوا ألا ترجم صاحبها؟ فقال : لا لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم ..

وذكر ابن قيم أن هذا الحديث ذكره أحمد والسنن، ومن البديهي أن الرواية دالة على أن عقاب المكره القتل محصنا كان أو غير محصن، فإن النبي ﷺ لم يستفسر عن إحصان الرجل الأول وعدم إحصانه حينما أمر برجمه، كما أن الصحابة لم يسألوا عن إحصان الرجل الثاني وإنما طلبوا رجمه، وما ذاك إلا أن المرتكز في أذهانهم أن عقاب المكره القتل، وقد أمضى النبي ﷺ ما في أذهانهم وعلل عدم قتله بتوبته ...

نعم إن الرواية ظاهرة في تعيين الرجم، والأخبار التي ذكرناها آنفا ظاهرة في عدم وجوبه، وإذا أردنا أن نأخذ بمحتوى الدليلين فإن ذلك يقتضي الحكم بالتخيير بين القتل والرجم ...

هذه أدلة لزوم القتل في الصور الثلاث، وإن لم يكن محصنا، وهذا هو الموافق للذوق السليم أيضا، فإن الزنا بالمحارم أكبر ذنبا وأعظم وزرا، ومتى ما عظم الجرم فلابد وأن يعظم الحد، كما أن في زنا الكافر بالمسلمة تحديا للمسلمين وخروجا عما يجب عليه تجاههم، فكان اللازم أن يزيد عقابه على عقاب الكافر لو زنى بكافرة، أو عقاب المسلم إذا زنى بمسلمة ...

أما من أكره امرأة وزنى بها فهو يجمع بين جرمين وقد اقترف ذنبين فكان لابد من تشديد عقابه، بل يمكن المصير إلى أن هذا الفعل داخل في الإفساد، وأن عامله ممن يصدق عليه أنه يسعى في الأرض فسادا. =

عوده

وفي جريمة القذف يقول ﷺ: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور:٤].

فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هي الجلد، وبعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة، وليس للقذف في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين.

الشاوي = رأينا فى "تعليق-٢٠-": إنه يفرق بين عقوبة الجرم وعقوبة القتل مع أن التفرقة في نظرنا محصورة في أداة تنفيذ العقوبة لا في نوع العقوبة، وقد أشرنا إلى أن تحديد أداة القتل لا يلزم فيه نص.

ثم إنه يشير إلى أن الفقه الجعفري يوجب عقوبة القتل في ثلاث حالات من زنا غير المحصن أو المحصن، ومعنى ذلك أنهم أضافوا ثلاث ظروف توجب تشديد عقوبة الزنا المنصوص عليها في القرآن، وهي: كون المرأة محرما للزاني، وكونها مسلمة وهو كافر، وكون الفعل وقع بالإكراه.

ويمكن الاعتراض على هذا الرأي لأنه يضيف ظرفا مشددا لعقوبة حدية، قياسا على الإحصان الذي هو الظرف المشدد الذي يستوجب القتل رجما على الرأي الراجح في الفقه، وقد سبق أن قلنا إن العقوبات الحدية لا يجوز التوسع فيها بطريق القياس لأن الواجب هو تضييق نطاقها لا توسيعه.

يضاف لذلك أن فقهنا فيه رأي بأن عقوبة الزنا في جميع الحالات هي ما نصت عليه آية النور (مائة جلدة) سواء كان الزاني محصنا أو غير محصن، وقد رجحنا هذا الرأي؛ لأنه لا يجوز القول بأن النص القرآني قد نسخ جزئيا بما ينسب إلى السنة من حوادث (رجحنا أن تكون سابقة على نزول الآية الكريمة لا بعدها) ...

ومع ذلك، فإننا نرى أن الظروف المشددة التي ذكرها، وكذلك ظرف الإحصان تستوجب تشديد العقوبة، لأن الزنا فيها مقترن بجريمة أخرى أشد منه (وإن كانت عقوبتها التعزير)، وهي: الخيانة الزوجية في حالة الإحصان، والإكراه في الاغتصاب، والعدوان على المحارم أو الفساد في الأرض بعدوان غير مسلم على عرض مسلمة مخالفا بذلك عقد الذمة أو الأمان أو حرمة المسلمين جميعا وكرامتهم ...

وما ذهب إليه الشيعة من فرض عقوبة القتل بسبب هذه الظروف المشددة لجريمة الزنا يتفق مع منطق من يقولون بأن الرجم هو الحد في زنا المحصن كما يقول كثيرون ...

أما الذين ينكرون هذه العقوبة ويتمسكون بعموم نص القرآن الذي فرض عقوبة الجلد، فإن التشديد الذي يمكن قبوله في هذه الأحوال يكون بزيادة عدد الجلدات طبقا للمبدإ الذي دافعنا عنه من قبل، وهو أن العقوبات الحدية هي العقوبات القصوى في الجرائم المقرر لها، ولا يجوز فرض نوع من العقوبات أشد منها في تلك الجرائم، ونحن نرجح هذا القول ...

عوده وفي جريمة الشرب يقول ﷺ: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة:٩٠]. ويقول الرسول ﷺ : "كل مسكر حرام". ويقول: "ما أسكر كثيره فقليله حرام". وهذه النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والمسكرات...

أما العقوبة، فقد عين النبي ﷺ نوعها بقوله : "اضربوه". ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديدا قاطعا. وقد روي عنه أنه ضرب أربعين في الخمر، وروي عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد. وفي عهد عمر (رضي الله عنه) أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على القاذف، لأن الشارب إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، فالعقوبة إذن تحددت بقول الرسول وعمله وإجماع الصحابة؛-٢١-

وسنة الرسول مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وإجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع، أي أن السنة والإجماع يقوم كلاهما مقام النص على العقوبة...

وفي جريمة السرقة يقول ﷺ: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾ [المائدة:٣٨]. فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها...

وفي جريمة الحرابة يقول ﷺ: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة:٣٣]. فهذا النص يحرم الحرابة والسعي بالفساد في الأرض، ويعاقب على ذلك بالنفي والقطع والقتل والصلب...

الصدر تعليق "رقم-٢١-": لا يعتمد علماء الشيعة على إجماع الصحابة ما لم يكن سببا لحصول العلم برأي المعصوم، وهذا الشرط متحقق في هذا الإجماع على ما تشهد به الروايات من أن أمير المؤمنين علي (ع) هو الذي أشار على الخليفة الثاني بذلك وقوله (ع) حجة، إذ لا ريب عند الشيعة الإمامية في عصمة أئمة أهل البيت الاثني عشر (ع)...

الشاوي رأيناً في "تعليق-٢١-": ما قاله سبق أن ناقشناه في تعليقه رقم (٥٩) على البند (٨٠)، وعارضنا أقواله بشأن ما يقصد بإجماع الصحابة واجتهاداتهم، وكذلك بشأن عصمة الإمام علي بن أبي طالب وآل البيت التي لا يعترف بها الفقه السني...

عوده

وفي جريمة الردة يقول الله ﷻ:-٢٢- ﴿ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه﴾ [آل عمران:٨٥]. ويقول ﷻ :﴿ومن يرتَددْ منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة﴾ [البقرة:٢١٧].ويقول النبي ﷺ:"من بدل دينه فاقتلوه". ويقول أيضا: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة". فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل.

وفي جريمة البغي يقول ﷻ :﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات:٩]. يقول النبي ﷺ: "من أتاكم وأمْرُكُمْ على رجل واحد-٢٣- يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه" ...

الصدر تعليق "رقم-٢٢-": لا تختص الآية المباركة بجريمة الردة، لما فيها من الحكم بأن الله ﷻ لا يقبل غير الإسلام دينا، وهى شاملة للمرتد عن الإسلام وللكافر الأصلي. ويدل على حكم المرتد عن الإسلام جملة من الأخبار المعتبرة عند الشيعة الإمامية المروية عن أئمتهم (ع). فمنها ما روى عن الإمام محمد بن علي الباقر أنه قال : "من رغب عن الإسلام وكفر بما نزل على محمد ﷺ فلا توبة له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويقسم ما ترك على ولده". ومنها ما روى عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال: "كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام وجحد محمدا بنبوته وكذبه، فإن دمه مباح لكل من يسمع ذلك منه، وامرأته بائنة منه يوم ارتد، فلا تقربه، ويقسم ماله على ورثته، وتعتد امرأته عدة المتوفي عنها زوجها وعلى الإمام أن يقتله" ...

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٢-": رأيه يوافق رأي فقيهنا بشأن ما يرتبونه على الردة، وما يترتب عليها من إهدار، ولكن لنا رأيا يتعلق بالإهدار عموما يختلف عن رأيهم كما سنوضحه في حينه.

الصدر تعليق "رقم-٢٣-": المراد به رئيس الدولة الإسلامية بحق، المطبق للإسلام والسائر على هداه، والمأمور بقتله من لا يتبع سنة الله ولا يستنير بها، كما يشهد لذلك ما روي عنه ﷺ أنه قال: "قد كتب على المؤمنين الجهاد في الفتنة من بعدي، كما كتب عليهم الجهاد مع المشركين معي". فقال السائل: يا رسول الله ما الفتنة التي كتب علينا فيها الجهاد؟ قال ﷺ: "فتنة قوم يشهدون أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله وهم مخالفون لسنتي، طاعنون في ديني". قال السائل: قلت: فعلام نقاتلهم يا رسول الله وهم يشهدون أن لا إله إلا الله وأنك رسول الله؟ فقال: "إحداثهم في ديني وفراقهم لأمري".

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٣-": ومع ذلك فنحن نشكر للسيد الصدر حرصه على تذكيرنا بمبدإ أنه لا توجه قمة البغي طبقا للحديث الشريف المذكور في المتن إلا لمن يخرج على إمام شرعي مطبق للإسلام وملتزم بشريعته، وأول أحكامها أن الأمر شورى وليس بالغلب والقوة ...

عوده يقول ﷺ: "ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائنا من كان". فهذه النصوص تحرم بغي طائفة على طائفة، وتجعل جزاء البغي القتال والقتل حتى يفيء الباغي ويرجع عن بغيه...

هذه هي جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نص على تحريمها ونص على عقوبتها. بل لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضي أى حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها، حتى ليمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكما وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدين، فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها أو يوقف تنفيذها، ولم تجعل الشريعة للطرف المجنى عليه أو الجريمة أي أثر على عقوبات جرائم الحدود كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن هذه العقوبات؛-٢٤- ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقا لله إشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار، وأنها لازمة فلا يملك المساس بها.

الصدر تعليق "رقم-٢٤-": مع عدم توبة المجرم، أو مع توبته بعد ثبوت الجرم عليه بالبينة... أما لو تاب قبل ثبوت الجرم عليه فلا إشكال في سقوط الحد عنه، وأما لو تاب بعد ثبوت الجرم بالإقرار، فيتخير الحاكم الشرعي بين إقامة الحد عليه وبين العفو عنه، وقد مر عليك ذلك آنفا، وقد ذكرنا موافقته للذوق السليم...

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٤-": أنه خاص بأثر التوبة في سقوط العقوبة في الحدود عموما، وليس فقط في عقوبة البغي، وهذا أيضا موضعه في القسم الخاص، وقد سبق أن ذكرنا رأينا مقدما في تعليقنا السابق على البند (٧٤)...

وسوف نتوسع في موضوع أثر التوبة في حاشية البند (٥٣٠) فيما بعد..

كما نلاحظ أن المعلق الشيعي كان دقيقا في موضوع العفو، فأشار إلى حق (الحاكم الشرعي) ونعتقد أنه يقصد بذلك المجتهد سواء كان قاضيا أو فقيها – وهذا هو رأينا– في حين أن فقهائنا في الصلب يشير إلى حق (السلطة التنفيذية) – ونحن لا نرى الاعتراف للسلطة التنفيذية بحق العفو – إلا إذا كان الذي يتولى تنفيذ العقوبة قاض مجتهد. (تراجع حاشيتنا ورأينا على البند ٥٢ فيما سبق).

قلنا من قبل إن الحدود هى عقوبات معينة قصوى، وليست جرائم منفصلة عن غيرها، بل هى كلها أفعال يُعاقب عليها فى الأصل بالتعزير كغيرها من الجرائم – وكل ما هنالك أنه تُطبق عليها عقوبة "الحد" بحسبانها حدا أقصى عندما تتوافر شروط معينة تكوِّن "ظرفا مشددا" يجعلها إحدى الكبائر الشرعية .

واهتمام الفقه بدراسة هذه الجرائم إنما هو نتيجة حتمية لاهتمام القرآن بها، ونرى أن ذلك واجب، ولكنه لا يعنى فى نظرنا إهمال "التعازير"(1) لأنها هى الأصل العام فى نظرنا .

إننا لا نجاريه فيما قاله من أن شريعتنا لم تترك للقاضى حرية فى التقدير لتطبيق هذه العقوبات الحدية، لأن توسيع سلطة القضاء فى التقدير مبدأ عام أصيل فى الشريعة وفى الحدود يعبر عن ذلك بمبدإ "ادرءوا الحدود بالشبهات" .

إن لنا تحفظا على القول بأن المشرع بإيراده النصوص التى تحدد كل جريمة وعقوبتها من حيث النوع والمقدار لا يترك للقاضى أىَّ حرية فى اختيار نوع العقوبة أو مقدارها، وأن ذلك فى نظره يجعل هذه العقوبات ذات حد واحد، لأننا قلنا إن هذه الجرائم هى فى نفس الوقت جرائم تعزير، كل ما هنالك أنه تتوافر فيها ظرف مشدد يستوجب القضاء بأقصى العقوبة بسبب هذا الظرف. أما إذا لم يوجد الظرف المشدد، أو وجدت شبهة فى وجوده، فإن الفعل يبقى جريمة يعاقب عليها بالتعزير. ونرى أن المبدأ الشهير الذى يقضى بدرء الحدود بالشبهات، إنما قصد به إعطاء القاضى حرية كبيرة فى تقدير الظروف الخاصة التى يمكن أن تستبعد الظرف المشدد واستبعاد الحد الأقصى للعقوبة والاكتفاء بالتعزير ....

---

(1) أشار الفقيه إلى هذا الإهمال ثلاث مرات فى صفحة واحدة بالبند (68) .

إننا لا نجارى الفقهاء الذين اتجهوا إلى إعطاء جرائم الحدود طبيعة خاصة بها، والفصل بينها وبين الجرائم الأخرى بادعاء أنها –وحدها– هى التى تُعَدّ حقوقا لله أو المجتمع (لتمييزها عن جرائم القصاص التى يدَّعون أنها لصالح الأفراد) أو يدَّعون أن عقوباتها ذات حد واحد لا تقدير للقاضى فى فرضه (لتمييزها عن التعازير التى يتركونها للقاضى).

الحدود في القرآن شاملة لجميع الأحكام الشرعية :

لقد ورد تعبير "حدود الله" في القرآن الكريم في أربعة عشر موضعا في السور الآتية: البقرة والنساء والتوبة والمجادلة والطلاق[1] – وكلها تعني أحكام الله أو أحكام الشريعة كلها، وليس فيها أي إشارة إلى العقوبات الحدية الجنائية التي تعرف في الفقه بالحدود.

فتخصيص هذا المصطلح بنوع معين من العقوبات الجنائية لا يعني أن لها خصائص مختلفة تماما عن الجرائم الأخرى – إذ إن القرآن ذاته استعمل هذا الاصطلاح للإشارة إلى مجموع الأحكام الشرعية دون تمييز . ومعنى ذلك أن أحكام هذه الجرائم لا تنفصل عن الأحكام الأخرى ولا تغنى عنها ...

يظهر لي أن تخصيص هذا المصطلح بنوع من العقوبات الجنائية قد استحدث في عصور انحرف فيها كثير من الحكام عن الالتزام بمبادئ الشريعة، ومخاصمة مبدأ الشورى وحرية البيعة التي لا تجيز الاستيلاء على الحكم بالقوة أو الغلب، وتنكروا لأصولها التي تحمى حرمات الأفراد وحقوق الإنسان وحرياته، وتولّى كثيرون السلطة عنوة واستعملوا التهديد والقتل والبغى وسيلة لإلزام الناس بالبيعة مكرهين....

ويظهر لى أنهم شغلوا الناس بتطبيق الأحكام الشرعية على جرائم بعض الأفراد، وحرصوا على إحاطتها بإجراءات مظهرية حتى لا يتركوا للناس فرصة للمطالبة بتطبيق أحكام الشريعة عليهم أيضا وعلى أعوانهم ومحاسبتهم عن انحرافاتهم وجرائمهم .. وكان يلزم لذلك في نظرهم تضخيم العقوبات الحدية على بعض جرائم الأفراد العاديين المحكومين وشغلوا الناس بها، حتى أصبح كثير من الناس يظنون الآن أن التشريع الجنائي الإسلامي محصور في تطبيق هذه الحدود وحدها، وكان ذلك وسيلة لصرف الناس عن المطالبة بتطبيق "حدود الله" بالمعنى الأوسع، أي شريعته كاملة في عمومها وتوازنها الذى يستلزم تطبيق مبادئ شريعتنا الشاملة الكاملة والعقاب على جميع الاعتداءات على حقوق الإنسان سواء وقعت من الحكام أو المحكومين. وبذلك، اكتفت الشعوب بمطاردة الأفراد المتهمين بجرائم فردية عن المطالبة بمحاكمة الرؤساء والأمراء وأعوانهم عن أفعالهم وظلمهم.

ولما يؤسف له أنه نتج عن ذلك أن بعض العامة عندما يسمع المطالبين بتطبيق أحكام الشريعة والالتزام بها، ينصرف ذهنه مباشرة إلى الحدود الجنائية التي تطبق على الأفراد دون غيرها من مبادئ الشريعة ومقاصدها وأصولها وأحكامها الشاملة التي توجب معاقبة المستبدين وأعوانهم كغيرهم من الناس على كل عدوان على حقوق الإنسان .

---

(1) تواجع في سورة البقرة الآية رقم (187)، والآية رقم(229) التي ورد فيها هذا الاصطلاح أربع مرات والآية رقم (230) التي ورد فيها مرتين . وفي سورة النساء الآيتان (13، 14) ، وفي سورة التوبة الآيتان (97و112)، وفي سورة المجادلة الآية (4)، وفي سورة الطلاق الآية (1) (مرتين).

❁ بعض النظم تكتفي بتطبيق العقوبات الحدية وتهمل الأحكام الشرعية الأخرى :

بل إن بعض نظم الحكم التي تعلن أنها تلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، تبدأ بتطبيق الحدود الجنائية على جرائم الأفراد، وغالبا تقف عند ذلك وتكتفي به، حتى إن بعض أعداء الإسلام بدءوا يظنون أو يدَّعون أن الشريعة ليس فيها من الأحكام سوى هذه العقوبات، كأنهم لم يسمعوا بغيرها. وكثيرون منهم يعترضون على المطالبة بتطبيق الشريعة ويقصدون تعطيل الحدود؛ ويزداد غلوهم في مهاجمتها مدعين أنها تقف في تطبيقها عند معاقبة المتهمين من المحكومين في الجرائم التي يرتكبها الأفراد العاديون، ولا تطبق أحكامها على الحكام وأعوانهم الذين يرتكبون الجرائم الكبرى، مثل: تعذيب المتهمين، وتزوير الانتخابات، وأكل السحت عن طريق استغلال النفوذ والسطو على بيت مال المسلمين وإساءة التصرف فيه واختلاس المال العام، بل وتعطيل الدساتير أو قلب نظام الحكم بالمؤامرات والعنف ... وما يتبع ذلك من السيطرة الباغية واحتكار سلطات الدولة بالبطش والقهر والبغي...

في عصرنا الحاضر، نرى أن بعض الحكام يتباهون بأنهم وحدهم يطبقون الشريعة عن طريق تنفيذ عقوبات الحدود في جرائم الأفراد، مثل السرقة وشرب الخمر والقذف والردة، كأنهم مؤهلون لتطبيق الشريعة على غيرهم ولا يوجد من يطبقها عليهم، ونجدهم يغالون في تطبيق بعض الأحكام على من يعارضون نظامهم وينتقدون طغيانهم بتهمة التآمر أو المعارضة التي يجعلونها مبررا لتوقيع حد "الحرابة" أو جريمة البغي؛ ويجدون من "فقهاء السلاطين" من يشجعونهم على ذلك ويبررون لهم هذا المسلك ... دون أن يطالبوا بمحاسبة الحكام الظالمين وأعوانهم من المنافقين والمنتفعين ومعاقبتهم على الجرائم التي يرتكبونها والظلم الذى يمارسونه.

ولتفادى ذلك، نرى أن كثيرين أصبحوا يرون أن تطبيق العقوبات الحدية الجنائية على جرائم الأفراد لا يجوز أن يبدأ فيه إلا بعد استكمال تطبيق أحكام الشريعة الأساسية ومبادئها العامة التي تضمن صلاح المجتمع ومسئولية الحكام لكي تختار الأمة لممارسة السلطة من يكونون جديرين بذلك في مستواهم الأخلاقي، وضمان حق الجماعة في إيجاد هيئة يمكنها محاسبتهم على انحرافهم عن الأحكام الشرعية ليكونوا هم أول من تطبق عليهم العقوبات الشرعية والحدود بالذات قبل أن يدَّعوا لأنفسهم الحق في تطبيقها على غيرهم وهم ليسوا أهلا لذلك لأنهم يتحصنون وراء النفوذ والسلطة التي اغتصبوها

ويحتكرون مال المسلمين الذى استولوا عليه بالانقلاب والغدر والتآمر ... ويفرضون بقاءهم فى مقاعد السلطة واحتكارهم لها باستغلال أموال الدولة ونهبها واتخاذها أداة لتكوين جيش من المنافقين والأعوان والحراس والجنود والمنتفعين والمستغلين الذين يضللون العامة ويخدرونها بوسائط الأكاذيب والفتاوى المغرضة التى تروجها أجهزة الإعلام والنشر حتى لا تقاوم الشعوب بغى المستبدين من الحكام وأعوانهم .

* * *

لقد عرَّف الشهيد عوده الحدود بأنها "عقوبات" مقدرة حقا لله تعالى[1]، وبنى على ذلك قوله إن سلطة القاضى فى الحدود محصورة فى النطق بالعقوبة المقررة لا ينقص منها شيئا ولا يزيد عليها[2]، وليس له أن يستبدل بها عقوبة أخرى، وليس له أن يوقف تنفيذها، وقد جرى على ذلك فعلا كثير من الفقهاء – ولكنا لا نوافق على ذلك لأننا نرى أن القاضى عندما يحاكم إنسانا عن الجريمة يجب عليه أن يأخذ فى حسبانه العوامل الشخصية والظروف الاجتماعية التى دفعته للجريمة. وإذا كان الفقهاء لم يتكلموا عن الظروف المخففة فى الحدود، فذلك لأنها تدخل فى نطاق الشبهات التى تسقط الحدود ويكتفى بالتعزير، ثم إنهم يَعُدّون أن موضوع الظروف المخففة يدخل فى نطاق السلطة التقديرية الواسعة للقاضى دون حاجة لنص بذلك كما فى القوانين الوضعية .

يؤيد رأينا أنه أشار إلى المبدإ المشهور وهو درء الحدود بالشبهات. وفى مواضع أخرى أشار إلى ما استقر عليه الفقه من أنه فى حالة سقوط الحد أو تعذر تطبيقه لأى سبب، فإن للقاضى أن يطبق على المتهم عقوبة تعزيرية...ومعنى ذلك أن الحدود تكون واجبة استثناء عندما يجب الحكم بالحد الأقصى للعقوبة فى الجريمة لكن الحد الأدنى هو ما تجيزه العقوبة التعزيرية كلما وجدت شبهة.

الظاهر أنه إنما قصد بذلك تمييزها عن التعازير التى يكون للقاضى المجتهد فيها سلطة واسعة فى تحديد الجريمة واختيار نوع العقوبة، لكن ليس معنى ذلك فى نظرنا أن شخصية الجانى وظروفه لا أثر لها عند محاكمته فى جميع الجرائم.

فى نظرنا أن المبدأ المشهور "ادرءوا الحدود بالشبهات" يتسع لمراعاة الظروف المخففة والأعذار القانونية على السواء، كما أن هنالك أنه فى حالات وجوب الحد وتوافر جميع شروطه يكون الحكم بالحد الأقصى حتميا وهذا أمر له مثيل فى القوانين الوضعية.

---

(1) البند 51 .

(2) عبر عن ذلك بالقول بأنه ليس لها حد أدنى ولا أعلى، فى حين أنه (فى البند 98) يقول إن المذاهب الأربعة تجيز أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحد .

كل جريمة حدية هي في الأصل تعزيرية لكن أضيف لها ظرف مشدد :

في رأينا إذن أن الحدود كعقوبات هي الحد الأقصى للعقوبة الواجب الحكم بها على الجاني بمقتضى نص شرعي بشأن جرائم معينة تُعَدّ مهددة لكيان المجتمع وأصول نظامه عندما تتوافر فيها ظروف مشددة، وهذه الجرائم هي أفعال محرمة ومعاصي تستحق في الأصل كغيرها من الجرائم عقوبة تعزيرية، إلا أنها تتميز عن غيرها بوجوب الحكم بالعقوبة الحدية عندما تتوافر ظروف معينة في الجاني أو المجني عليه أو الفعل المكون للجريمة، بل قد ذكر أن المذاهب الأربعة اتجهت إلى جواز أن يضاف التعزير إلى عقوبة الحد الأقصى أو القصاص(1) .

وهذا ما يؤكد ما قلناه من أن التعزير هو الجزاء الأصلي في جميع الجرائم. ولذلك كان من المؤكد أنه في حالة عدم الحكم بعقوبة الحد الأقصى لأي سبب من الأسباب رغم ثبوت أركان الجريمة التعزيرية، فإن هذا لا يعني تعزير الجاني، فالحد الأدنى للعقوبة في تلك الجرائم في الحقيقة هو الحد الأدنى في عقوبات التعزير، وهذا معناه أن الأصل في كل الجرائم أن عقوبتها ذات حد أقصى وحد أدنى، وإن كان الحد الأقصى واجب الحكم به عند توافر ظرف مشدد معين حدده الشارع الحكيم في الجرائم التي نسميها جرائم الحدود في حالات معينة وظروف خاصة .

ومهمة الفقه والقضاء هي استخلاص الظرف الذى استوجب التشديد، وعلينا دراسة كل جريمة من هذه الجرائم لمعرفة الظرف المشدد الذى يستوجب الحكم بالحد الأقصى، وعلى القاضى التأكد من أنه لا شبهة في توافر هذا الظرف المشدد ...

لقد حرص على الإشارة إلى ما تراه بعض المذاهب من أنه يجوز أن يضاف لعقوبة الحد الأقصى إحدى عقوبات التعزير إذا لزم الأمر ... ونحن لا نقر هذا الرأى لأنه يتعارض مع ما قرره من أن عقوبة الحد (عندما تتوافر شروط وجوب الحكم بها) عقوبة حدية أى ذات حد واحد ... وإذا كان البعض يفهم من ذلك أنه لا يجوز النزول عنها فيجب أولا في نظرنا القول بأنها لا تجوز الإضافة إليها أو الزيادة عليها(2) .

كما أننا نفضل الرأى القائل بأن عقوبة التعازير لا يجوز أن تصل إلى توقيع مثل هذا النوع من العقوبات الحدية، لأن هذا يتعارض مع مقصد الشريعة في تمييز هذه الجرائم ذات العقوبات الحدية عن غيرها (عندما تتوافر لها شروط وظروف معينة) بعقوبات قصوى أى أنه حد تلك العقوبات خاصة بها دون غيرها .

لذلك فإننا نؤيد رأى القائلين بعدم إمكان توقيع عقوبة القتل في التعازير (ويسمونه القتل سياسة)، رغم أن الشهيد عوده أورد الرأى المخالف دون أن يسجل اعتراضه عليه،

---

(1) نرى أن ما يضاف إليها يدخل في نطاق تدابير الوقاية – مثل تغريب المحكوم عليه بالحد في عقوبة الزنا حتى نحول دون عودته إليها، وكذلك التدابير التعبدية التي تدخل في هذا النطاق.

(2) يراجع الهامش السابق وص 52 ب في البند 98 فيما بعد .

ونحن نضيف أن القول بجواز القتل فى التعازير قد فتح الباب لبعض المستبدين لاستباحة قتل خصومهم ومعارضيهم (سياسة!) كما فعلوا مع فقيهنا وغيره.

والقاعدة الأساسية هى ما قرره (فى ص ب 34) من أن كل تلف أو جرح (لم يحدد لها الرسول دية أو أرشا) فيه حكومة – وعرف الحكومة بأنها ما يحكم به القاضى بناء على تقدير أهل الخبرة – بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة (التقدير) إلى الدية أو الأرش الذى عينه الرسول للتلف أو الجرح الذى يليه فى الشدة .

تخصيص القاعدة الأصلية العامة (المتعلقة بسلطة القاضى التقديرية) بأنها لا تطبق إلا فى الحالات التى لم يحدد لها الرسول دية أو أرشا، فهذا محل نظر، لأننا نميل إلى القول بأن ما حدده الرسول (ص) هو الحد الأدنى بمعنى أنه لا يجوز أن يقل عن هذا المقدار الذى يستوى فيه جميع البشر طبقا لمبدإ المساواة الإنسانية، لكن لا نرى حرمان الفقيه المجتهد من تقرير تعويض إضافى إذا رأى أن الضرر يتجاوز مقدار الدية. وعلى كل حال فهذا رأى يحتاج إلى مزيد من المناقشة والتمحيص، وكل ما نرجوه أن يكون محل تقدير من أهل الاجتهاد .

والظاهر أنه يساير بعض الفقهاء الذين يرون أن كل عقوبة حدية (بما فى ذلك القصاص والديات) هى عقوبات ذات حد واحد، ويعتقدون أن الغلو فى تأكيد ذلك فيه مزيد من احترام النصوص وتقديسها. لكن هذا لا يعنى أن الجرائم التى تطبق فيها تلك العقوبات لا يطبق فيها غيرها من التعازير كلما تعطل تطبيق الحد أو القصاص لسبب مشروع، ولا أن تضاف بعض التعازير إلى العقوبة الحدية فى حالات معينة .

وقد لاحظنا من قبل أن هذا القول فيه تجاوز لمبادئ عديدة – منها فتح باب التوبة والتشجيع عليها – ومبدأ توسيع سلطة القضاء فى التعازير ووجوب التعزير فى حالة امتناع الحد لوجود شبهة – مع ضرورة إعطاء فكرة الشبهة المرونة الكافية التى تتناسب مع الاتجاه الشرعى لتوسيع مجال الاجتهاد للفقه والقضاء[1] .

إن ما قدمناه من أن التعزير هو الأصل بالنسبة لجميع الجرائم لا يقصد به فقط أنه يطبق فى حالة تعذر توقيع العقوبات الحدية لعدم توافر الشروط التى تلزم لذلك، بل يقصد به كذلك أن المبادئ التى وضعها الشارع للتعازير هى المبادئ العامة التى يجب مراعاتها فى جميع الأحوال بقدر المستطاع .

---

(1) أمرت السنة بالاحتياط فى توقيع العقوبات الحدية، فقد ورد فى حديث روته عائشة أم المؤمنين وأخرجه الترمذى قوله : "إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة". وإذا كان الزجر بالشدة فى الحد المقرر بالنص، فلا بد من التخفيف بالاحتياط فى الإثبات .

الفرع الثاني

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص والدية

عودة ٩٢ ـ أثر القاعدة في جرائم القصاص والدية : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-٢٥- تطبيقا دقيقا في جرائم القصاص والدية، وليس أدل على ذلك من استعراض النصوص التي وردت في هذه الجرائم ...

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد، وإتلاف الأطراف عمدا، والجرح العمد ...

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفي عن القصاص-٢٦- أو امتنع القصاص لسبب شرعي، ثم القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وإتلاف الأطراف خطأ والجرح الخطأ ...

ففي جريمة القتل العمد يقول ﷺ : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء:٣٣]، ويقول : ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة:١٧٨]، ويقول جل شأنه : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة:٤٥]، ويقول الرسول ﷺ:"من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قود به إلا أن يرضى ولي المقتول."-٢٧-." ويقول: "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا فالقود (أي القصاص) وإن أحبوا فالعقل (أي الدية)" .

الصدر تعليق "رقم-٢٥-": بالمعنى الذي ذكرناه آنفا ...

الصدر تعليق "رقم-٢٦-": وطالب "المجني عليه أو ولي الدم" بالدية، ففي هذه الحالة يلزم المجرم بدفع الدية إليه، أما إذا عفا عن القصاص ولم يذكر الدية، فهل يجب على الجاني دفع الدية إليه؟ الرأي السائد في الفقه الجعفري هو عدم الوجوب؛ لأن الثابت في ذمة الجاني هو القصاص وقد عفا عنه الولي، وأما الدية فلا دليل على لزوم دفعها

الصدر تعليق "رقم-٢٧-" : ويقول الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) من قتل مؤمنا متعمدا قيد به إلا أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الدية، فإن رضوا بالدية، فالدية واجب ذلك القاتل..

عوده

ويقول ﷺ : "في النفس مائة من الإبل"-٢٨- ...

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولي القتيل على الدية، فتكون العقوبة الدية، وهي مائة من الإبل.

وفي جريمة إتلاف الأطراف عمدا والجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾ [البقرة:١٧٩]. ويقول ﷺ : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة:٤٥]، ويقول ﷺ : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]، ويقول ﷺ : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ [النحل:١٢٦]. فهذه النصوص صريحة في تحريم إتلاف الأطراف والجراح وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في حالة العمد ...

وفي جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول ﷺ: "ألا إن في قتيل عمد الخطأ : قتيل السوط، والعصا، والحجر، مائة من الإبل". فهذا النص يحرم القتل شبه العمد، ويعاقب عليه بالدية ...

الصدر تعليق "رقم-٢٨-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن دية العمد مخيرة بين مائة من مسان الإبل، أو مائتي بقرة، أو مائتي حقة، أو ألف دينار، أو ألف شاة، أو عشرة آلاف درهم.

ويستندون في حكمهم المذكور إلى روايات معتبرة عندهم، ويشهد لصحة قولهم ما في كتاب أعلام الموقعين عن مسند الإمام أحمد بن حنبل قال: قضي ﷺ في العين بنصف الدية خمسين من الإبل أو عدلها ذهبا أو ورقا، أو مائة بقرة أو ألف شاة ...

وإنما يلزم المجرم بدفع الدية المذكورة إذا اتفق الجاني وولي الدم على دفع الدية ولم يعينا جنسها ولا مقدارها، وأما إذا عينا غير هذه الأجناس أو غير هذه المقادير من هذه الأجناس نفسها فيلزم المجرم بما عيناه واتفقا عليه ...

أما الدية الواجب دفعها لولي الدم في جريمة القتل إذا لم تكن الجريمة عمدية بل كانت شبيهة بالعمد فديتها الدية المذكورة عينها، إلا أن الإبل لا يلزم أن تكون مسنة، بل لها أسنان خاصة ذكرها فقهاء الإمامية في كتبهم الموسعة ...

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٨-": إن مقادير الديات المشار إليها تكون واجبة فقط في حالة عدم اتفاق الجاني وولي الدم على مقادير أو أنواع أخرى .

<عوده> وفي جريمة القتل الخطأ يقول ﷺ : ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصَّدَّقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما﴾ [النساء:٩٢]. ويقول ﷺ: "وفي دية الخطإ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون". فهذان النصان يحرمان القتل الخطأ ويعاقبان عليه بالدية، ويبينان مقدارها وأوصافها-٢٩-...

وفي قطع الأطراف والجراح خطأ حدد الرسول العقوبة على أساس أن ما كان في الجسم منه عضو واحد كالأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة، وما كان في الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية، فقال ﷺ: "في الأنف إذا أوعب مارنه جدعا الدية" وقال: "وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية". وقال: "في الصلب الدية". وقال: "في اليدين الدية، وفي الرجلين الدية". وقال: "في الأنثيين الدية". وقال: "في الأذنين الدية". وقال: "في العين خمسون من الإبل". وقال: "في السن خمس من الإبل".

وأوجب الرسول الدية في إذهاب المعاني، كالسمع والبصر والعقل...

أما الجراح فقد حدد النبي عقوبة بعضها دون بعض، فجعل أرش الموضحة خمسا من الإبل، وأرش الهاشمة عشرا من الإبل، وفي الآمة والدامغة[1] ثلث الدية، وجعل في كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية...

<الصادر> تعليق "رقم-٢٩-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن دية الخطإ متفقة مع دية العمد في المقدار، ولكنها مختلفة في الأوصاف. والمعروف عندهم في أسنان الإبل أن عشرين منها بنت مخاض، وعشرين منها ابنة لبون، وثلاثين منها ابنة لبون وثلاثين حقة، ودليلهم في ذلك ما روي بطريق معتبر عن أمير المؤمنين أنه ذكرها بالأوصاف المذكورة، وأما الحديث الذي ذكره المصنف فلا يمكن الاعتماد عليه لأن الراوي له حنيف بن مالك يرويه عن ابن مسعود، وحنيف مجهول كما صرح بذلك ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ولم يجد أحدا وثقه من علماء الرجال..

---

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامغة أسماء لجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج، والموضحة: هي التي تكشف عن العظم، والهاشمة هي التي تهشم العظم، والآمة : هي التي تصل إلى الجلدة التي تغطي المخ، والدامغة : هي التي تصل إلى المخ نفسه. ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج على جراح الرأس والوجه، أما ماعدا ذلك فيسمونه جراحا إلا ما يصل للتجويف الصدري والبطني فيسمونه جائفة...

<عوده> والقاعدة العامة في الشريعة: أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرشا[1] فيه حكومة، وهي ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة-٣٠-بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة إلى مقدار الدية أو الأرش الذي عينه الرسول للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة. وهذه القاعدة مجمع عليها من الأمة ...

والدية في قطع الأطراف والجراح العمدية هي نفس الدية الواجبة في الخطإ، ولكنهما يختلفان في الوصف، فدية العمد مغلظة، ودية الخطإ مخففة طبقا لأحاديث الرسول وفعله ..

وإذن فالعقوبة في إتلاف الأطراف محددة تحديدا لاشك فيه بنصوص صريحة في معظم الأحوال، وبإجماع لاشك فيه في بقية الحالات، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعي من مصادر الشريعة الإسلامية، وهو ملزم للمكلف كما يلزمه النص الصريح ...

ومما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوباتها، وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضي حرية في اختيار العقوبة أو تقديرها، فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجاني هو الذي ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجاني ...

ويلاحظ أن سلطة القاضي في جرائم القصاص والدية تماثل سلطته في جرائم الحدود ولا تفترق عنها إلا في أن القاضي ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها المجني عليه أو وليه، وأن يطبق العقوبة التي توجبها الشريعة أو يوجبها ولي الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية ...

الصدر تعليق "رقم-٣٠-": وكيفية التقدير هو فرض الجاني عبدا، ويرى أن هذه الجريمة كم كانت تنقص قيمته في فرض عبوديته ..

الشاوى رأينا فى "التعليقات من (٢٥ إلى ٣٠)": إن موضوع الدية سيكون محل بحث متصل في حاشيتنا على البند ٤٧٢ فيما بعد إن شاء الله ...

---

(١) يطلق لفظ الدية على الدية الكاملة، ويطلق لفظ الأرش على بعض الدية ...

﴿عوده﴾ وعقوبة القصاص وعقوبة الدية من العقوبات المقدرة؛ لأنها محددة النوع والمقدار ولكنها مقدرة حقا للأفراد، ومن ثم كان للمجني عليه أو وليه العفو عن العقوبة لأنها حقه، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه، أما ولي الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد[1] وإن كان عليه أن يستوفيها لأن استيفاءها من مقتضيات وظيفته ...

---

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى، وحقوق للآدميين، ويَعُدُّون الحق لله ﷺ كلما كان الخالص لله أو كان حق الله فيه غالبا، ويَعُدُّون الحق للعبد كلما كان خالصا له أو كان حق العبد غالبا فيه. وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التي تمس حياة الأفراد وحقوقهم. وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة، وحين ينسبون الحق للأفراد يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد ..

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة، إنما تمس في النهاية مصلحة الأفراد، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد. وفي هذا يقول أحد الفقهاء: "ما من حق لآدمي إلا ولله فيه حق إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره". راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل ج/٨ ص ١١٥. فإذا عَدَّت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا عَدَّت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد، فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة ...

والأصل في الشريعة : أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله ﷺ، ولكن الشريعة جعلت استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد، كعقوبة القصاص والدية فلهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجاني بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم. وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد لا يسلب الجماعة حقها في فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى بمعرفة الجماعة.

والخلاصة : أن الحق ينسب لله كلما كان خالصا لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة، ونسبة الحق لله لا تفيده جل شأنه شيئا، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق؛ لأن حق الله لا يملك أحد إسقاطه

خص المشرع جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة بدنه بنوع خاص من العقوبات البدنية هو القصاص لتكون متكافئة ومتماثلة مع الجريمة ذاتها، ويكون هذا رادعا ضروريا لحماية أرواح الناس وأبدانهم وتطبيقا كاملا لمبدإ المساواة بين البشر.

وعناية القرآن بهذه العقوبات لا تقل عن عنايته بعقوبات الحدود، وإضافة الفقه فى شروط تطبيقها تؤكد رأينا فى أنه عَدّ فرض هذه العقوبات القصوى مقصورا على حالات محدودة يتوافر فيها شروط عديدة للتأكد من وجود "الظرف المشدد" الذى يُوجب تلك العقوبة القصوى.

وما قلناه بالنسبة لتوسيع سلطة القاضى فى استبعاد تطبيق عقوبات الحدود نقوله هنا أيضا، فيطبق عليها مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ بل وأضاف المشرع لذلك أنه ميَّز هذه العقوبات بإعطاء المجنى عليه حق العفو عنها، وهذا يدخل فى نطاق الشبهات التى تمنع الحكم بالعقوبة القصوى. والذى يحدث فى العمل أن ذلك يكون مقابل حصوله على تعويض يرضيه،وهذا يبرر تنازله عن تلك العقوبة لكنه لا يسقط حق المجتمع فى تعزير الجانى .. مما يؤكد ما قدمناه من أن التعزير هو الأصل فى جميع الجرائم.وليس خاصا بنوع محدود منها.

كما أن هذا يؤكد أن التوسع فى حماية حق الفرد فى حياته وسلامة بدنه الذى تهدده هذه الجرائم والأخذ فى الاعتبار رغبته وحقه فى الانتقام ثم اعتدى عليه أو التنازل عنه، ليس معناه تجاهل حق المجتمع ذاته فى متابعة مرتكبها وتعزيره وإصلاحه كما أشار لذلك صراحة فى هامش–1– ص ب/ 35 حيث نقل عن بعض فقهائنا ما يؤكده ... ولذلك لا نوافق على وصف هذه الجرائم بأنها تمس حقوق الأفراد إذا كان يُفهم من ذلك عدم الاهتمام بحق الجماعة وهو الأصل فى نظرنا فى جميع الجرائم ...

والأصح هو أنها تضر بحقوق المجتمع أولا كغيرها من الجرائم، ويضاف لذلك أن للفرد المجنى عليه أو ولى الدم حقا خاصا فى المطالبة بتوقيع القصاص، كما أن له العفو أو التصالح والتنازل عن حقه، مع بقاء حق الجماعة فى التعزير الذى هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم. ويسرنا أنه أوضح ذلك فى الهامش فى الصفحة الأخيرة من البند (25) .

إننا نرى أن حرصه على إبراز ما قرره الفقه من عناية بحق المجنى عليه أو ولى دمه فى هذا النوع من الجرائم – ليس من الضرورى أن يصل إلى تجاهل المبدإ الأساسى الذى أشار له مرارا وهو أن كل الجرائم تضر بالمجتمع – وتستحق التعزير لهذا السبب.

❁ تنازل المجنى عليه عن القصاص لا يمنع التعزير :

والحرص على حقوق المجنى عليه يوجب علينا أن نشير إلى أن التقديرات التى قررها السنة فى الدية والأرش هى فى نظرنا الحد الأدنى الذى يجب الحكم به فى جميع الحالات تطبيقا لمبدإ المساواة الإنسانية – لكن ذلك لا يمنع أهل الاجتهاد (ومنهم القضاة بشروط معينة) من إجازة الحكم بتعويض مدنى إضافى إلى هذه المقادير المقررة للدية تطبيقا لمبدإ وجوب تعويض الضرر لأن "الضرر يزال".

إننا أشرنا إلى قول الرسول الكريم "رفع عن أمتى الخطأ..." ولذلك نؤيد رأى المعتزلة بأن فعل الخطإ لا يكون جريمة، وقلنا إن الطابع المدنى لتشريعنا قد يحول دون حسبان الدية المقررة فى جرائم الخطإ عقوبة جنائية – والأصح أنها جزاء مدنى وتعويض يدفع الجانى للتوبة والاستغفار عن خطئه.

كما أن ما أوردوه فى هذه التقديرات من أعداد الحقاق والجذعات، وبنات لبون، وبنات مخاض – وغيرها من الإبل والدواب – إنما يجب أن يراعى فيه ظروف مجتمعنا حيث حلت النقود محل الإبل والدواب فى التعامل .. ونرى أن يتولى أهل الاجتهاد ترجمة هذه المقادير إلى نقود مع ملاحظة أن النقود ذاتها تتغير قيمتها كما تتغير قيمة الإبل والدواب بتغير الأزمان وتطور المجتمعات.

ولذلك فإن تقدير الدية والأرش نقدا يجب أن يخضع هو أيضا لظروف الزمان والمكان.

أما ما قاله السيد الصدر عن التقدير حسب ثمن شراء العبيد، فلم يعد هناك محل لمناقشته بعد إلغاء الرق فى عصرنا.

* * *

وكما أن المشرع الإلهى قد وسع فى أسباب استبعاد العقوبة القصوى (القصاص) بإعطاء المجنى عليه وولى الدم حق العفو عنها والتصالح مع الجانى لكى يعطل تطبيق هذه العقوبة ويكتفى بالدية أو ما يضاف لها من تعويض يتفق عليه الطرفان؛ بل إن له حق التنازل عن الدية أو التعويض كذلك – كما أعطى المشرع قبل ذلك للقاضى حق تقدير الشبهات التى تؤدى إلى درء الحدود ومنع تطبيقها – فإن ذلك كله قُصد به تشجيع الجناة والخاطئين على التوبة والعودة إلى طريق الصلاح والاستقامة – وتشجيع المجتمع كله على اتخاذ كل ما يلزم لإعطاء التوبة نتائج مشجعة للخاطئين لكى يصلحوا أحوالهم ويمارس المجتمع كله حق العفو عن عقوبتهم كلما تأكد له صدق الاتجاه نحو التوبة والالتزام بها، لكن المهم عندنا أن الذى يمثل المجتمع فى ذلك هو القضاء وأهل الاجتهاد المتنزهين عن البواعث الشخصية و الأنانية.

الفرع الثالث

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير

عوده

٩٣ ـ أثر القاعدة في جرائم التعازير: طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-٣١- في جرائم التعازير أيضا، وكان من المنطقي أن تطبقها؛ لأن القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة فلا يمكن إهمالها. ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذي طبقتها به على جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، ولم تتقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم، وإنما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر ...

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة؛ لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، فللقاضي أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة وأن يغلظها...

وجاء التوسع على حساب الجريمة؛ لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة ألاً ينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا، بل يكفي أن ينص عليها بوجه عام ...

الصدر تعليق "رقم-٣١-": ويكفي النص على حرمة الفعل وإن لم يصرح فيه باستحقاق صاحبه العقاب ...

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١-": يقصد بالنص ماورد في الكتاب والسنة. ونحن نرى أنه في عصرنا لابد في التعازير من نص في تقنين فقهي أو سوابق قضائية معروفة، وإذا أخذنا بهذا المعنى فيجب في نظرنا أن يشير التقنين إلى العقوبة التعزيرية ...

نحن حريصون على تأكيد رأينا في أن مبدأ الشرعية الذى يُعبر عنه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يجب أن يطبق في مجال التعازير في عصرنا الحاضر للأسباب ذاتها التي توجب أن يطبق في عقوبات الحد والقصاص .

وإذا كـــنا نعتقد ما يكرره الفقه من أن "الشريعة" لا تسير على النص على هذه الجرائم، فإننا نلفت النظر إلى ما قدمناه من أن كلمة الشريعة في هذا الصدد – كما في مناسبات كثيرة – إنما يُقصد بها المعنى الضيق المقصود به نصوص القرآن والسنة .

أما وجوب النص الاجتهادى على عقوبات التعزير فهو لا يجادل فيه ولا ينكره. والفـــرق بـــين رأينا ورأيه، أنه يقول إن النص المقصود في هذه الحالات هو مبادئ الشريعة التي تحدد المعاصى والمحرمات وما يقرره الفقه والقضاء بشأنها. أما تحديد ما يستحق "التعزير" من هذه المعاصى ومقدار العقوبة المناسبة لكل منها، فهو يُترك أمره للقاضى المجتهد، كما يشير لذلك فقهاء كثيرون من أسلافنا. وكل ما نضيفه إلى رأيه أن القاضـــى كـــان يختص بذلك في نظرهم باعتبار أنه كان مجتهدا حسبما سار عليه الفقه من اشتراط الاجتهاد لتولى القضاء.

ولـــما كانت مجتمعاتنا قد وصلت إلى الاكتفاء بقضاة مقلدين ليسوا أهلاً للاجتهاد في عصـــرنا، فإننا نرى ضرورة وجود جهة أخرى تقوم بالاجتهاد وتتولى هذه المهمة وتضـــع نصوصـــا لتحديد الجرائم والعقوبات في نطاق "التعازير" يلتزم بها القاضى القـــلد، وذلك اهتداء بمقاصد الشريعة، ونظرياتها العامة التي نص على أنها أصبحت ضرورة في عصرنا وفي المستقبل .

* * *

والأصل هو أن المختص بذلك هم أهل الاجتهاد. ونحن نرى أن ما حدث للقضاة من أنهـــم لم يعودوا من المجتهدين له ما يماثله في مجال الفقه؛ إذ أصبح الاجتهاد الفردى معطلا أو مستحـــيلاً بســـبب الشروط العديدة التي استقر فقهاؤنا على ضرورة توافرها لدى الأئمة الذين لهم حق الاجتهاد كأفراد ولذلك قلنا في بحثنا في كتاب "فقه الشورى"[1] إن الاجـــتهاد قـــد أصبح الآن محصورا في نطاق العمل الجماعى، سواء كان مرسلاً أم منظما في إطار مؤسسات ومجالس للاجتهاد، تُختار بالشورى الحرة مع اشتراط قدر من العلم والخبرة اللازمة في العلماء وأهل الذكر من الخبراء في مختلف التخصصات.

(1) يُراجع البند (36) بعنوان "التقنين بين الشورى والاجتهاد والتقليد والإجماع" .

* * *

وبـرغـم تقديرنا لما يلمسه كثيرون من الحاجة إلى وجود مؤسسات أو مجالس منظمة ومسـتقرة تتولى مسئولية الاجتهاد؛ بل والإجماع، فإننا نعترف بالفضل لأسلافنا لأنهم لم يسـعوا لذلـك ولم يقومـوا بإنشاء مجالس أو مؤسسات رسمية لهذا الغرض فى الماضى، وسوَّغنا ذلك بأن الأوضاع السياسية جعلتهم يخشون تدخل "السلاطين" ورؤساء الدول وأشـباههم ممن يمارسون السلطة التنفيذية التى استولوا عليها بالعصبية أو القوة والقهر، وكـانوا يخشـون أن يستغلوها لفرض أهوائهم على تلك المؤسسات "الرسمية". ولذلك اكـتفوا بالتشـاور المرسل عن طريق كتب الفقه والآراء التى يعلنها العلماء والفقهاء فى المسـاجد والكتب ويناقشها ويقرها أهل الذكر والفكر والرأى متفرقين دون أن تجمعهم مؤسسة رسمية أو مجلس نظامى يتعرض لضغوط السلاطين والحكام وأهوائهم.

وممـا يؤسف له أن الأوضاع السياسية فى كثير من مجتمعاتنا لم تتغير كثيرا — وأن وجود مؤسسات رسمية للشورى فى نطاق الاجتهاد والإجماع مازال يعرِّضها لتدخل الرؤساء و"السلاطين" والمستبدين الذين يغتصبون السلطة بغير طريق الشورى الحرة ... ويفرضون بها على المجتمع فتاوى من يسمونهم "فقهاء السلاطين" .

لهذا السبب، فإن كل ما استطاعه علماؤنا ومفكرونا ومن يمثلون شعوبنا فى جيلنا الحاضر هو إعداد مشروعات التقنين فى أبحاث وكتب أو لجان علمية لها قيمتها التى نعتـز بهـا ونطالب بمواصلة العمل على هذا المنوال ... فى مجال تقنين أحكام الفقه، وخاصة فى مجال التعازير ...

ونعتـقد أنـه للآن لم تستقر النظم السياسية فى كثير من الأقطار الإسلامية على احترام مبدإ حرية الشورى الذى تفرضه الشريعة وقرره الفقهاء عادة فى مجال "بيعة المكـره" ... الـتى أجمعوا على بطلانها. وهذا المبدأ ذاته يجب تطبيقه على الناخبين، ويـترتب علـيه بطلان الانتخابات أو الاستفتاءات التى لا تتوافر لها جميع ضمانات الحرية، وبالتالى عدم شرعية السلطة القائمة فى المجتمع التى تدعى لنفسها شرعية مبنية على التزوير والإكراه والتزييف .

وطالمـا استمر هذا الوضع، فإن وجود مجالس للاجتهاد أو الإجماع يصبح ضرره أكـثر من نفعِه، لأن المستبدين لن يسمحوا بوجودها أو انعقادها كلما توهموا أن ما تقـرره مـن فتاوى أو تقنينات سوف يعرض احتكارهم للسلطة ويواصل دعوتهم للالتزام بمبدإ حق الشعوب فى تقرير مصيرها وحريتها فى اختيار نظمها السياسية ومن يتولون الأمر فيها وحقها فى محاسبتهم وتحديد سلطتهم وعزلهم عند الاقتضاء .

توصلنا فى كتابنا فقه الشورى إلى أن أى نهضة أو إصلاح فى العالم الإسلامى كله أو بعض أقطاره لا بد أن تكون بدايته هى الإجماع على الالتزام بالشورى الحرة سواء فى النظم السياسية أو فى مجال الفقه والاجتهاد من باب أولى .

إن تدخل الحكام فى شئون الفقه والتشريع يتنافى تماما مع مبدإ سيادة الشريعة الإلهية واستقلالها عن مراكز السلطة السياسية فى الدول المختلفة فى الماضى أو الحاضر أو المستقبل .

لهذا، فإننا نطالب بالتقنين الشرعى للتعازير على أن يكون فى إطار ما تفرضه شريعتنا من استقلال العلم والفقه وعدم محاولة ذوى السلطان التدخل فى الفتاوى والآراء الفقهية، ويقتضى ذلك إبعاد "فقهاء السلاطين" وفتاويهم عن مجال الفقه والتشريع الإسلامى سواء فى مجال الأحكام الجنائية أو غيرها .

إن استمرار بعض الحكام فى استيراد القوانين الأجنبية أو فرض تشريعات وضعية لا تلتزم بأصول شريعتنا ومبادئها، هو فى نظرنا أقل خطرا على الإسلام من محاولتهم إيجاد تشريعات أو فتاوى تنسب إلى الإسلام وهم أول من يعلم أنها لا تمثل إلا مصالحهم وأهواءهم ...

لذلك فإن تطبيق الشريعة الذى نطالب به يبدأ بتطبيق مبدإ حرية الشورى واستقلال أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يتولون استنباط الأحكام من مصادر شريعتنا ونظرياتها ومبادئها العامة، حتى لا تفرض على الناس أهواء المسيطرين والمستبدين التى يصفها فقهاء السلاطين ومن حولهم من المنافقين بأنها أحكام الشريعة وهى مناقضة لمبادئها وأصولها .

ونحن نرى أن الذين يلتزمون بوضع النصوص المثبتة لجرائم التعازير ليسوا هم ممثلى سلطات الدولة كما يدَّعى بعض المعاصرين – وليسوا هم القضاة فقط كما فهمُ من كتب التراث – وإنما هم فى عصرنا أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين تختارهم الأمة وتفوضهم فى ذلك بالشورى الحرة؛ لأن القضاة فى عصرنا ليسوا مجتهدين كما كان الفقه يشترط من قبل. أما الحكام، فليسوا مجتهدين على أى حال فى حين أن فقهاءنا كانوا يشترطون فيمن يتولى الخلافة أو الإمامة أو القضاء أن يكون مجتهدا .

موضوع

٩٤ ما هو التعزير؟ : ولأجل أن نتبين أثر القاعدة تماما في جرائم التعازير، يجب أن نعرف قبل كل شيء ما هو التعزير؟ والتعزير : هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود[1]، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبات معينة محددة، فهو يتفق مع الحدود[2] من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب ...

ولكنه يختلف عنها من وجهين[3] :

أولهما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لامحيص من توقيعها على الجاني، أما في التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه. وللقاضي أن يوقع أكثر من عقوبة، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه.

ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولي الأمر فيها العفو، أما عقوبات التعازير فلولي الأمر العفو عنها كلها أو بعضها ...

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦١...

(٢) المقصود بالحدود : العقوبات المقدرة، وهي المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية..

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦، ٢٠٧ ...

توسع الفقيه الشهيد فى بحثه عن تطبيق مبدإ الشرعية فى نطاق التعازير[1]، مما يدل على أهمية هذا الموضوع من النواحى النظرية والعملية .

وسبب الأهمية النظرية هو أن الشريعة (المعنى الضيق، أى الكتاب والسنة) لم تورد نصوصا خاصة بعقوبة تجمع الجرائم ولا بتحديد الأفعال المكونة لها، وإنما فعلت ذلك بالنسبة لعدد محدود وقليل من الجرائم المعاقب عليها بعقوبات الحدود أو القصاص والدية، واكتفت بتفويض "أولى الأمر" فى غير حالات توافر شروط تطبيق تلك العقوبات المقدرة.

هذا التفويض له أهمية خاصة لأنه يؤكد مرونة التشريع الجنائى فى الشريعة الإسلامية (المعنى العام) وقابليته للتطور مراعاة لظروف الزمان والمكان واحتياجات المجتمعات المتزايدة بسبب نمو أسباب الحضارة التى تزيد النظم الاجتماعية تعقيدا. والتشريع الجنائى هو من أهم أركان النظام الاجتماعى فى حياة الشعوب والأمم .

لذلك رأينا أنه من الناحية العلمية لا بد من بحث واسع لتحديد المقصود بأولى الأمر فى نظر الشريعة فيما يتعلق بهذه الناحية، ناحية التشريع الجنائى والتشريع بصفة عامة .

وهنا تظهر الأهمية العلمية لهذا البحث، لأن الطبيعة الاجتماعية للقوانين تجعلها مرتبطة إلى حد كبير بالأوضاع السياسية المتقلبة والمتعددة، التى لا تخضع للشرائع بقدر ما تتبع تطور المجتمعات التى تتأثر بالغرائز والتقاليد الموروثة والنزاعات العرقية والأنانية والأوضاع الاقتصادية. وبقدر ما عنى الشارع الحكيم بفرض الأصول والمبادئ العامة للتشريع الجنائى، فإنه فتح الباب لشعوبنا وأمتنا لكى تساهم فى تجديد التشريعات ونموها وتطورها عن طريق الاجتهاد "والإجماع"، على أن يقوم "أولو الأمر" فى كل مجتمع بدور إيجابى متواصل ومتجدد فى وضع النصوص اللازمة للعقوبات التعزيرية والجرائم لتى الشريعة (بالمعنى الواسع) وتطور أحكام التشريع الجنائى فيها عن طريق ما يسميه فقهاؤنا "التعازير"[2] .

---

(1) خصص لها فى كتابه البنود 93 – 113 وعددها واحد وعشرون فى حين اكتفى ببند واحد للحدود وبند واحد للقصاص والدية .

(2) هذا هو ما عنى الشهيد عودة بتأكيده صراحة فى بداية البند 199 فيما بعد .

حسب ظروف الزمان والمكان :

فى كلامه عن تقسيم الجرائم بحسب جسامة العقوبة[1]، عرف جرائم التعازير بأنها الجرائم التى يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير. ومعنى التعزير هو التأديب. وأضاف أن الشريعة جرت على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية ...

وقد يظن القارئ أن هذا يتناقض مع كلامه تحت عنوان " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فى جرائم التعازير"[2]، عندما أكد أن الشريعة طبقت هذه القاعدة فى جرائم التعازير أيضا.

لكن هذا التناقض يزول عندما نتذكر ما قلناه فيما سبق من أن لفظ الشريعة له معنى ضيق هو نصوص الكتاب والسنة، ومعنى واسع يشمل إلى جانب هذين المصدرين السماويين اجتهادات الأمة وإجماعها(بواسطة علمائها المجتهدين أساسا).

فالقرآن والسنة عنيا بالنص على حالات قليلة محدودة تفرض فيها عقوبات الحدود والقصاص والدية، وتركوا للاجتهاد والإجماع مهمة النص على الحالات التى تطبق فيها عقوبات أو جزاءات تعزيرية، وعلى تحديد العقوبة أو الجزاء فى كل منها، وهو ما نسميه التقنين الشرعى للتعازير لأنه يلزم لشرعيته أن يكون فى نطاق المبادئ والنظريات العامة فى الشريعة فيما يتعلق بالمحرمات والمعاصى وعلى أساسها.

وعلة ذلك أن الجرائم (أى الأفعال) التى ورد نص فى القرآن والسنة بعقوبة معينة لها (الحدود والقصاص والكفارة) تكون محرمة دائما، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غدا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة[3] كما صرح بذلك.

معنى ذلك أن "أولى الأمر" يستطيعون "تطوير" التشريع وتغيير النصوص الفقهية التى تجرم بعض الأفعال وتعاقب عليها بعقوبة تعزيرية، لكنهم لا يستطيعون تغيير ما قررته النصوص المقدسة من تجريم الأفعال التى قررت لها الشريعة فى مصادرها السماوية – الكتاب والسنة – عقوبات الحدود والقصاص والدية.

لكن الفقه قد استقر على أن هذه الأفعال ذاتها يمكن الحكم فيها بعقوبة تعزيرية إذا رأى القاضى ذلك فى حالات عدة، أهمها :

---

(1) البند 51 .

(2) تعليقنا على البند 9 .

(3) نهاية البند 51 .

جميع جرائم الحدود والقصاص تستحق التعزير عندما تستبعد

الظروف التى استوجبت العقوبة المقررة :

1 – إذا استبعدت عقوبة القصاص والدية بسبب عفو المجنى عليه أو ولى أمره أو لتوافر أى مانع من الموانع أو الشبهات التى لا تزيل صفة الجريمة عن الفعل .

2 – إذا استبعدت عقوبة الحد لوجود شبهة طبقا لقاعدة " ادرءوا الحدود بالشبهات (وهى تشمل فى نظرنا الظروف المخففة) " .

3 – إذا رأى القاضى أن يضيف إلى عقوبة الحد أو القصاص أو الدية تعزيرات تكميلية؛ على ما ذهبت إليه المذاهب الأربعة[1] .

4 قد بينا فيما سبق رأينا أن الأصل هو أن جميع الجرائم جزاءاتها تعزيرية وأنه فى حالة النص على عقوبة الحد أو القصاص أو الدية فإنها تكون الحد الأقصى للعقوبة الذى يجب تطبيقه عند توافر شروط معينة تكوِّن فى نظرنا ظرفا مشددا .

وبنينا على ذلك :

أ – أن جرائم الحدود والقصاص والدية ليست عقوباتها ذات حد واحد كما يفهم من كلام كثير من الفقهاء، وإنما تكون العقوبة التعزيرية هى الحد الأدنى عند عدم توافر الظرف المشدد، وإنه يجب دراسة كل جريمة على حدة لمعرفة الظرف الذى استدعى التشديد وشروطه .

ب – أنه فى حالة وجوب تطبيق تلك العقوبات القصوى لا نرى جواز الإضافة إليها لأنها هى الحد الأقصى، فلا نرى جواز إضافة عقوبة أخرى إليها ... لأنها تكفى وحدها – وإن جاز اتخاذ تدابير الاحتراز والوقاية التى تدخل فى نطاق التعازير .

(1) البند (97) – وإن كنا اعترضنا على ذلك فى تعليقنا على البند (91)، إذ نجيز فقط إضافة تدابير وقائية؛ وهى تدخل ضمن "التعازير" برغم أنها لا تُعَدّ عقوبات جنائية .

<عوده> ٩٥ـ الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير: لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام، وتركت لأولي الأمر في الأمة أن يحرموا مـــا يـــرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ويعاقبوا على مخالفتها. والقسم الذي ترك لأولي الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه الشريعة وحددته. ولكن الشريعة لم تـــترك لأولي الأمـــر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون، بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية ...

٩٦ـ أقسام التعزير: ينقسم التعزير ثلاثة أقسام:

(١) تعزير على المعاصي. (٢) وتعزير للمصلحة العامة.

(٣) وتعزير على المخالفات ...

والأول : فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها، ويُعَدّ إتيانها معصية ...

والثـــاني : فرض على أفعال وحالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها، ولا يشترط في الفعل أو الحالة المحرمة أن يكون معصية ..

والثـــالث: فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها، ويُعَدّ إتيانها مخالفة ولا يُعَدّ معصية ...

والفـــرق بـــين هذه الأقسام الثلاثة أن الفعل في القسم الأول يكون محرما دائما ومعـــدودا معصـــية، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محرما إلا إذا توافر فيه وصف معـــين؛ لأن الفعل ذاته ليس معصية، أما في القسم الثالث فيكون الفعل مأمورا به أو منهيّا، ولكن إتيانه يُعَدّ مخالفة لا معصية ...

نكرر هنا ما قلناه دائما من أن عبارة "أولى الأمر" تعطى فرصة للمنافقين وفقهاء السلاطين للزعم بأن المقصود بهم من يمارسون سلطات الدولة فعلا، حتى ولو كانوا قد اغتصبوها أو تسلطوا عليها بالقوة والغلب.

لذلك نرى أنه من الأولى التذكير بأن أولى الأمر الذين تعترف لهم شريعتنا بالحق فى تقنين التعازير، أى تحديد الجرائم وعقوباتها، ليسوا هم "السلاطين" أو الحكام وإنما هـــم مـــن تختارهم الأمة بالشورى الحرة من أهل الفقه وأهل الذكر الذين تفوضهم الأمة للقيام بمهمة الاجتهاد والإجماع والتقنين.

لقد أشار فقيهنا إلى أنه ليس فى الشريعة ما يمنع "أولى الأمر" من جمع المعاصى فى كتاب خاص تبيَّن فيه واحدة واحدة مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم[1]. وهو يقصد بذلك عملية التقنين.

ونحـــن نـــرى أن التقنين ضرورى وواجب، بشرط ألا يكون وسيلة لتحويل التشريع الجنائى إلى قانون وضعى يعبر عن إرادة الدولة وذوى السلطان فيها، أى أنه يجب فى نظرنا أن يـــتم بمعـــرفة المجـــتهدين من الفقهاء والقضاة أهل الاجتهاد لأنهم ولاة الأمر فى مجال التشـــريع والقضاء عموما، وأن يكون التقنين قائما وسابقا على ارتكاب الفعل المعاقب عليه – وأن دور رؤساء الدول هو تنفيذ الأحكام التى يقررها أهل الاجتهاد الذين يمثلون الأمة.

لقد ابتليت شعوبنا فى كثير من فترات تاريخها الإسلامى بمن فرضوا سلطانهم عليها بالقوة والغلب والإكراه، و عطلوا الشورى الحرة التى شرعها القرآن وفرضها، لكن بغيهم لم يصل إلى حد ادعاء سلطة التشريع أو التقنين لأنفسهم، بل التزموا باحترام اســـتقلال الشـــريعة واختـــصاص المجتهدين والفقهاء والعلماء بكل ما يتصل بالفقه والتشريع قانعين بممارسة السلطة التى تمكنهم فى كثير من الأحيان من ارتكاب أعمال لا تجيزها الشريعة، لكنها تبقى أعمالا فردية تنسب لهم لا إلى الفقه ولا إلى الشريعة.

لكن فى العصر الحاضر، عندما عطلت أحكام الشريعة واتجه كثير من أصحاب السلطة إلى استيراد قوانين وضعية من الخارج لتحل محل أحكام الشريعة والفقه، واستوردوا معها دساتير تعطـــى لهم "سلطة التشريع الوضعى" بأنفسهم أو بواسطة أعوان ومجالس زائفة يصنعونها على هواهـــم، فأعطوا لبغيهم وظلمهم صفة "الشرعية"، واتهموا من يطالبون بالالتزام بالشريعة الإلهية بـــأنهم خـــارجون على الشرعية التى يدعونها لأنفسهم ولمن يؤيدونهم من المنافقين وفقهاء السلاطين – فأصبحنا نواجه اليوم طغيانا وبغيا لم تعرفه شعوبنا فى تاريخها، لأنه طغيان يدعى لنفسه الشرعية وينكرها على من يتمسكون بالشريعة السمحاء ومبادئها وعلمها وفقهها.

---

(1) البند (99) .

* * *

بــذل الشهيد جهدا كبيرا فى الكلام عن المعاصى التى تستوجب التعزير، والنصوص الــتى استدل بها على ذلك، ليكون ذلك فى نظره دليلا على أن الشريعة تطبق قاعدة الأ جــريمة ولا عقوبــة إلا بنص[1] وهو جهد محمود. لكن ذلك لم يعد يغنى فى عصرنا عن التقنين المكتوب والمعلن قبل ارتكاب الفعل المعاقب عليه – لتعدد الاجتهادات واختلاف المذاهب. فمن حق الفرد العادى أن يعلم الرأى أو المذهب الذى سيطبقه القاضى عليه، وأن يكون هذا العلم ممكنا له وميسرا قبل وقوع الفعل الذى يحاسب عليه...

ووصف الفعل بأنه معصية يستمد من نصوص الكتاب والسنة – هذا كان يكفى فى نظــر أسلافنا لقولهم إن حكم القاضى بالتعزير على المعصية لا ينشئ الجريمة وإنما أنشأها النص على المعصية – وهذا يكفى لتطبيق مبدإ لاجريمة إلا بنص كما أن تنوع التعازير ثابت منذ فجر الإسلام وما يفعله القاضى هو مجرد الاختيار فيها. ووردنا على ذلــك أن هذا كان جائزا للقاضى المجتهد، لأن اجتهاده مكمل للنص. أما فى عصرنا فلم يعد ذلك ممكنا لأن قضاتنا مقلدون لا مجتهدون.

وما ذكره عن التفرقة بين المعاصى المحرمة بذاتها، والمحرمة بأوصافها دون أن تكون محرمة لذاتها، وما يسميه مخالفات من الأفعال التى تهدد المصلحة العامة دون أن تكون معصيــة بنص شرعى، فإن هذا يدخل فى نطاق ما يمكن أن يسمى بالأنظمة، وتسير بعض النظم العصرية على أنها منفصلة عن الأحكام الشرعية وأنها ملزمة طالما أنها لا تتعارض معها بأى حال من الأحوال.

ويلاحظ اتجاه الأنظمة إلى التضخم بسبب زيادة المشكلات المستحدثة التى لا حكم لها فى الفقه–ومع ذلك نرجو عدم الخلط بينها وبين القوانين الوضعية–وإن كانت نصوصها لا تشــير إلى هذه التفرقة بينها وبين القوانين الوضعية التى تتميز بعدم اهتمامها بالأصول الدينية أو الأخلاقية التى تشير إلى المعاصى أو المحرمات التى تستحق التعزير–بل تعامل الكل على أساس المحافظة على المصلحة العامة دون إشارة إلى المبادئ الشرعية. ولاشك فى أنه من الأولى وصلها بأصول الشريعة وقيمها ومبادئها لتكون تحت مظلة "النظريات العامة".

ولذلك فإننا نتحفظ على قوله إنها تُعَدّ تعزيرات دون الإشارة إلى دخولها فى نطاق النظريات التشريعية المؤسسة على مبادئ الشريعة العامة التى تشير إليها النصوص الشرعية.

---

(1) البند (101).

القسم الأول
في التعزير على المعاصي

عوده ٩٧- *التعزير على المعاصي*: من المتفق عليه أن التعزير يكون في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمي.(١) ومعنى أن المعصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها، ومعنى أنها لحق آدمي أنها تمس حقوق الأفراد.. والمعاصي هي إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات.(٢)

ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا حتما، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم، مثل قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة: ٣]، أو أن يكون النهي عن الفعل مقترنا بما يدل على أنه حتم، -٣٢- مثل قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة﴾ [الإسراء:٣٢]، وقوله : ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء: ٣٣]، أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقترنا بذلك،-٣٣- نحو قوله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة:٩٠]، أو أن يكون طلب الكف مقترنا بترتيب عقوبة، مثل قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤]..

الصدر تعليق "رقم-٣٢-": الرأي السائد بين المحققين من علماء الشيعة الإمامية هو استفادة الحرمة من النهي وإن لم يقترن بما يدل على الحرمة، ما لم يقترن بما يدل على عدمها ...

الصدر تعليق "رقم-٣٣-": الرأي السائد بين المحققين من فقهاء المذهب الجعفري هو استفادة الوجوب من الأمر، وإن كان مجردا عن قرينة تدل على الوجوب، ما لم يقترن بما يدل على عدم الوجوب ...

الشاوي رأينا في "تعليقي-٣٢-،-٣٣-": كلها متعلقة بتفسير النصوص الشرعية (في الكتاب والسنة)، وهو عمل اجتهادي في نظرنا تختلف فيه الآراء؛ ولذلك فإننا نرى أنه قد أصبح من الواجب في عصرنا والعصور التالية وجود نصوص تقنينية فقهية تحدد ما يُعَدّ جريمة وتشير إلى العقوبة التعزيرية لكل جريمة، حتى نسهل على المكلفين العلم بالجرائم المعاقب عليها، ونسهل مهمة قضاتنا الذين أصبحوا مقلدين غير مجتهدين في معظمهم على الأقل ...

---

(١) المهذب ج/٢ ص /٣٠٦، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٩، ٣٢٠، المغني والشرح الكبير ج/١٠ ص/٣٤٧، حاشية ابن عابدين ج/٣ ص/٢٥١، الزيلعي ج/٣ ص/٢٠٧ ...

(٢) المعنى الفني للمعصية يقابل تماما المعنى للجريمة في استعمالنا القانوني...

عو٥ه ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلبا حتما بأنه اقترن طلبه بما يدل على تحتيم فعله مثل، قوله تعالى: ﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾ [آل عمران: ١٠٤]، ومثل قوله: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [النساء:٥٨].

ويختلف المحرم عن المكروه. فالمكروه هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا غير حتم، فإن كان الطلب حتما فهو المحرم.

ويختلف الواجب عن المندوب، فالمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم، فإن كان الطلب حتما فهو الواجب...

وقد يشتبه المحرم بالمكروه، ويشتبه الواجب بالمندوب، وفي هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب. فإن دلت القرائن على الكف المحتم فهو المحرم، وإن دلت على الفعل المحتم فهو الواجب. أما إذا دلت على الكف غير المحتم فهو المكروه، وإن دلت على الفعل غير المحتم فهو المندوب. ومن أهم القرائن المعدودة في حالة الاشتباه قرينة: العقوبة، فإن فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محرم أو واجب، وإن لم تفرض عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب-٣٤- ما لم يستفد الحتم من قرينة أخرى.

ولهذا-٣٥- يعرف بعض علماء الأصول المحرم: بأنه ما استحق فاعله العقوبة، ويعرف الواجب: بأنه ما يستحق تاركه العقوبة، ويعرف المكروه: بأنه مالا يستحق فاعله العقوبة وإن استحق اللوم، ويعرف المندوب بأنه مالا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم، وهي تعريفات غير دقيقة كما يرى البعض الآخر[1].

الصدر تعليق "رقم-٣٤-": لا يكون عدم ذكر العقاب على الترك والفعل قرينة على عدم الوجوب والحرمة بنظر محققي علماء الشيعة بداهة أن العرف يفهم الإلزام من نفس الأمر والنهي وإن لم يشتملا على تهديد بالعقاب، ويشهد بذلك خلو أكثر الأوامر والنواهي من التهديد بالعقاب مع استفادة العرف والفقهاء منها الإلزام ...

الصدر تعليق "رقم-٣٥-": إن التعاريف المذكورة إنما يستفاد منها الملازمة بين ترك الواجب وإتيان الحرام وبين استحقاق العقاب، ولا تدل على أن الأمر والنهي لا يستفاد منهما الإلزام إلا مع اشتمالهما على استحقاق العقاب لتكون مؤيدة لما ادعاه المؤلف...

الشاوى رأينا فى "تعليقى-٣٤- +-٣٥-": راجع رأينا السابق...

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج/١ ص/١٦٠-١٧٤، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ٩٧- ٨٩.

النوع الأول من جرائم التعازير يدخل فيه الأفعال التي يستفاد من نص تكليفي في الشريعة (بالمعنى الضيق – أى الكتاب والسنة) أنها محرمة، سواء كان التحريم صريحا بالأمر باجتنابها أو كان مستفادا ضمنا لكونه تركا أو مخالفة لواجب شرعي نص عليه القرآن. والنصوص التي أشار إليها كلها آيات قرآنية، وهنا تظهر أهمية النصوص التكليفية في التعازير .

والتمييز بين التحريم وما يعد مجرد كراهة، وكذلك بين ما يعد واجبا وما هو مجرد ندب أو تفضيل، هو من خصائص شريعتنا، لأن هدفها الأول كما قدمنا هو "التربية المثلى"، وهذه التربية لا تكتفي بالأمر والنهي أو التحريم والإيجاب الصريحين أو المباشرين، بل يضاف إليهما ما يعد دعاية مجرد ترغيب وتحسين (ندب) أو تنفير وتبغيض (كره)، دون أن يصل كل منهما إلى حد الأمر الصريح بالنهي أو الوجوب.

إن هذا كله ناتج عن الأهداف الدينية لشريعتنا التي توجب اهتماما بتربية إرادة الأفراد ودفعهم إلى مستوى السلوك المثالي الذى يهدف إلى الوصول إلى درجة من الكمال لا تكتفي بمراعاة الأوامر والنواهي – بل يضاف لها إيجاد الرغبة فيما يعد أنه أفضل من ذلك – وهو اجتناب ما هو مكروه (دون أن يكون محرما) أو القيام بما هو مندوب (دون أن يكون واجبا).

وقد أشار إلى أن التمييز بين ما هو محرم وما هو مكروه فقط، أو بين ما هو واجب وما هو مندوب فقط قد يكون صعبا إذا اكتفينا بصيغة النص، ولذلك لا بد من الاستعانة بالقرائن وبخاصة التصريح بالعقاب أو بالثواب .

وهذا كله لا مجال له فى القوانين الجنائية الوضعية، فهي لا تعترف إلا بالنص على العقاب – وليس فيها مجال للأحكام التكليفية ولا لمجرد الكراهة أو الاستحسان والتفضيل .

النـــوع الأول : مـــا فيه الحد،[1] وقد تضاف إلى الحد الكفارة، مثل: القتل والسرقة والزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. ولا يدخل تحت هذا النوع إلا جـــرائم الحدود وعددها سبع،-٣٦- وجرائم القصاص والدية، وعددها خمس؛ لأن هذه الجرائم دون غيرها هي التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد أي بعقوبة مقدرة ...

والأصل في هذا النوع من المعاصي أن عقوبة الحد تغني فيه عن التعزير، لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير-٣٧- مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة ...

الصدر تعليق "رقم-٣٦-": من عليك قريبا أن علماء الفقه الجعفري يضيفون إلى هذه الجرائم السبع ثلاثا أخرى أوجبوا فيها الحد الشرعي، وهي اللواط والمساحقة والقيادة ...

الصدر تعليق "رقم-٣٧-": المانع عن ذلك أدلة الحدود نفسها الدالة على تحديدها بمقدار خاص، فإن المستفاد منها عرفا الحصار العقاب فيها، إلا إذا كانت الجريمة في مكان أو زمان يوجب عظمها، كأن يزني في أحد المساجد، أو في شهر رمضان، فإن للحاكم الشرعي أن يضيف إلى الحد عقوبة زائدة حسبما يراه من المصلحة، كما صرح بذلك جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري ...

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٧-": يعترض على القول بأنه يجوز الجمع بين الحدود والتعزير في جريمة حدية، ونحن نوافق على العلة التي ذكرها، ولو وافق على استثناء حالة توافر ظرف مشدد معين آخر يستلزم تغليظ العقوبة كما في الأمثلة التي ذكرها...

ونضيف حالة أخرى هي أن يكون التعزير المضاف مجرد تدبير وقائي وليس عقوبة جنائية، لأن التعازير كما نقول دائما ليست كلها عقوبات، بل تشمل إجراءات التربية والتهذيب والعبادة التي لا يجوز عدها عقوبات جنائية ...

ونلاحظ أن فقهينا يستعمل كلمة العقوبة الحدية بالمعنى الواسع الذي يشمل عقوبات القصاص والدية، ونعتقد أن هذا هو المعنى الذي يجب مراعاته دائما ...

لكننا نختلف مع فقهينا في أنه عَدّ أن التعزير يضاف للحد كوسيلة أو عقوبة تكميلية لتشديد العقوبة الحدية، في حين أننا نرى أنه الأصل، وإن كان الأصل أن القصاص يُعَدّ كافيا يغني عنه في نظرنا، أما في رأي الجمهور الذي يرجحه فقهينا فهو يُعَدّه مجرد إضافة للحد أو القصاص، وكان الأصل هو الحد أو القصاص، والتعزير عقوبة تكميلية، ونحن لا نوافق على ذلك ...

---

(١) المقصود بالحد هنا العقوبة ...

(عوض٥) فمالك يرى تعزير الجاني مع عقوبة القصاص في الجناية عمدا على مادون النفس،[1] وحجته في هذا أن القصاص جعل مقابلا للجريمة، وهو حق المجني عليه، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة. ولا يرى مالك الجمع بين القصاص والتعزير في القتل العمد؛ لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل، ولكنه يرى التعزير كلما سقط القصاص لمانع من الموانع[2] ...

وفي مذهب الشافعي يجيزون اجتماع الحد مع التعزير، كمن قتل من لا يقاد به، فإن عليه الدية وهي حد وعليه التعزير، وكالزيادة على الأربعين في حد الشرب؛ لأن حد الشرب عند الشافعية أربعون جلدة، وما زاد على ذلك فهو عندهم تعزير، وكتعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها فإن القطع هو الحد والتعليق تعزير[3] ...

وفي مذهب أحمد يجيزون تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها[4]، ومعنى هذا أنهم يجيزون أن يجتمع مع الحد التعزير[4] ...

وفي مذهب أبي حنيفة يعدون التغريب المقرر للزاني غير المحصن تعزيرا لا حدا، ويجيزون أن يجتمع التغريب مع الحد بهذه الصفة. ومعنى هذا أنهم يجيزون اجتماع الحد مع التعزير[5]...

النوع الثاني: ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطء في نهار رمضان والوطء في الإحرام.

والكفارة في أصلها نوع من العبادة؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين، فإذا فرضت فيما لا يعد معصية كانت عبادة خالصة، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم. وإذا فرضت على معصية فهي عقوبة خالصة، كالكفارة في القتل الخطإ والظهار. والكفارة في هذا تشبه المال؛ فهو قد يكون عقوبة جنائية كما في حالة الغرامة، وقد يكون تعويضا إذا حكم به لتعويض الضرر، وقد يكون عقوبة وتعويضا إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية ...

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٧، شرح الدردير ج/٤ ص/٢٢٤ ...
(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٦٨ ...
(٣) أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٢، نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨ ...
(٤) المغني ج/١٠ ص /٢٦٦ ...
(٥) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٩، شرح فتح القدير ج/٤ ص/ ١٣٦ ...

عوده والمعاصي التي تدخل تحت هذا النوع محدودة، ومحلها إفساد صيام أو إفساد إحرام أو حنث في يمين، أو وطء في حيض أو ظهار[1] ...

ويختلف الفقهاء في جواز التعزير في هذا النوع من المعاصي، فيرى البعض أن لا تعزير فيه، اكتفاء بالعقوبة التي حددت له وهي الكفارة، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لا يجوز -٣٨- أن يجتمع مع الكفارة التعزير[2] ...

النوع الثالث : ما لا حد فيه ولا كفارة، كتقبيل المرأة الأجنبية والخلوة بها، والشروع في السرقة وأكل الميتة. ويدخل تحت هذا النوع ما لا يدخل تحت النوعين السابقين، فيدخل تحته معظم المعاصي، بل إن المعاصي التي تدخل تحته لا تعد كثرة لأنها غير محصورة.

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصي فيه التعزير أي لا عقوبة عليه إلا التعزير ...

والمعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة متنوعة، ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة:[3].

(أ) نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه، كالسرقة من غير حرز، وسرقة ما دون النصاب، والسرقة غير التامة. فالسرقة شرع فيها الحد بشروط، منها: أن تكون من حرز، وأن يكون المسروق نصابا، وأن تكون السرقة تامة. فإذا لم تتوافر هذه الشروط فلا حد،

الصدر تعليق "رقم-٣٨-": بل الرأي الراجح عدم الجواز وانحصار العقاب بالكفارة؛ لأن المستفاد من أدلتها عدم استحقاق المجرم عقابا غيرها ...

أما كفارة الظهار، فهي عقاب على وطء الزوج زوجته بعد أن ظاهر منها، ويستحق العقاب على نفس الظهار لكونه أمرا محرما، وكل محرم يستحق فاعله العقاب عليه. ولا مانع من اجتماع العقابين لعدم كونهما على أمر واحد ...

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٨-": يؤيد قولنا بأن هذه الأفعال ليست جرائم جنائية، وبالتالي لا يجوز أن يجازى مرتكبها بتعازير عقابية، ومع ذلك فلا مانع لدينا من إضافة تدابير تعبدية على أنها تدابير إصلاح ووقاية وليست عقوبات جنائية، وهذا ما نقوله كذلك بالنسبة لحالة الظهار ...

---

(١) عبرنا بهذه العبارات لنجمع بين مختلف الآراء. فهناك مثلا من يرى الكفارة على الوطء في الحيض، وهناك من لا يراها، وهناك من يقول بالكفارة في الوطء في الصيام فقط، ومن يقول بها فيما يفطر ويغذي ...

(٢) أعلام الموقعين ج/٢ ص/٢٢١، المقدمات لابن رشد ج/٢ ص/١٥١، تبصرة ج/٢ ص/٢٥٩، أسنى المطالب ج/٤ ص/١٦٢، نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨ ...

(٣) بدائع الصنائع ج/٧ ص/ ٦٤ ...

عوده ومــثـل ذلــك : الشروع في الزنا ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق، وهكذا كل ما شرع فيه الحد، ولم تتوافر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير ...

(ب) نـــوع شرع فيه الحد ولكن امتنع الحد فيه إما لشبهة دارئة للحد كوطء الزوجة في دبـــرها-٣٩- وسرقة المال المشترك-٤٠-، وإما لسبب خاص بالجاني كقتل الأب ولده فإنه لا قصاص فيه، وسرقة الفروع من الأصول فإنها لا قطع فيها-٤١- ويحل محل القطع التعزير.

(ج) نـــوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد، ومن هذا النوع أكثر المعاصي مثل أكل الميتة والـــدم، ولحم الخنزير، وخيانة الأمانة ممن أؤتمن عليها كأمين بيت المال وناظر الوقف والوصي والوكيل، ومثل تطفيف المكيال والميزان، وشهادة الزور، وأكل الربا، والسب والرشوة وغير ذلك.

الصدر تعليق "رقم-٣٩-": اختلف فقهاء المذهب الجعفري في حكم وطء الزوجة في دبرها. فذهب قوم إلى الحرمة، وآخرون إلى الكراهة، كما اختلف غيرهم من علماء المسلمين في ذلك كما يدلنا إلى ذلك ما في كتاب مختصر المزني ص/١٧٤ حيث قال: قال الشافعي رحمه الله: ذهب بعض أصحابنا في إتيان النساء في أدبارهن إلى إحلاله، وآخرون إلى تحريمه. انتهى. وعلى كلا القولين لا يستحق الواطئ الحد: أما على القول بالكراهة فواضح إذ لا حد إلا على الفعل المحرم، وأما على القول بالحرمة فلا حد عليه أيضا لأن الحد شرع على الزنا، وهو لا يصدق على وطء الزوجة في دبرها لكونه كما في كتاب بداية المجتهد لابن رشد كل وطء وقع على غير نكاح صحيح. ولا شبه نكاح ولا ملك يمين. ومن البديهي أن وطء المرأة في دبرها وطء وقع على نكاح صحيح. كما لا يصدق اللواط على وطء الزوجة في دبرها لكون اللواط هو وطء الذكر كما ذكر ذلك العلامة الشيخ زين الدين العاملي المعروف بالشهيد الثاني ...

الشاوي رأينا في "تعليق رقم-٣٩-": نحن نضيف إلى ما ورد في تعليقه رقم-٣٩- من اختلاف الآراء فيما يتعلق بإتيان الزوجة في دبرها أنه لا يجوز التوسع في تطبيق الحدود؛ ولذلك لا محل لما قاله فقيهنا من أن هذه المعصية لم شرع فيها الحد ...

لكن موضع البحث هنا جواز التعزير أو عدم جوازه؛ ولذلك فإن الحجج التي أوردها لا محل لها؛ لأنها تدور حول حسبان الفعل زنا يستحق عقوبة حدية وهو ليس كذلك، بل يمكن الشك أو الاعتراض على حسبانه من المعاصي التي تستحق التعزير ...

الصدر تعليق "رقم-٤٠-": مع احتمال أن ذلك جائز له ولم يأخذ أكثر من حقه أما مع علمه بالحرمة فلا ريب في إقامة الحد عليه إذا أخذ أكثر منه، أما لو لم يأخذ أكثر من حقه فقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في لزوم إقامة الحد عليه وعدمه ...

الصدر تعليق "رقم-٤١-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري هو لزوم إقامة الحد في هذا المقام..

الشاوي رأينا في "تعليقي-٤٠- و -٤١-": نأخذ على التعليقين أنه يناقش في حسبان هذا النوع من السرقات التي تستحق عقوبة الحد، لكن في نظرنا يجوز تعزير السارق في هذه الأحوال ...

إن ما وصل إليه فقهنا من الدقة فى التمييز بين مجرد الأمر والنهى، وبين ما هو أقل من الأمر (الترغيب) وما هو أدنى من النهى (المكروه)، قد تجاوز ذلك، بأن توصلوا إلى ما عرضه فقيهنا من تفاوت بين ثلاثة أنواع لما يعدونه من المعاصي طبقا للمبدإ الذى استعرضه من قبل – وذلك بسبب اختلاف موقف النصوص القرآنية من كل نوع منها نتيجة لتقدير الشارع الحكيم لمدى خطورة كل نوع ...

هذا التفاوت جعل هناك ثلاث درجات من المعاصي :

النوع الأول :– وهو أشدها وأهمها، ووصفه بأنه الجرائم التى تتوافر فيها ظروف مشددة توجب الحكم فيها بعقوبة مقدرة بالنص الشرعى، وهى عادة عقوبة جنائية بدنيـــة (الحد أو القصاص) أو بالدية . وفى نظره أن عددها اثنتا عشرة جريمة مقررة بنصوص صريحة فى القرآن منها سبعة حدود[1] وخمس جرائم يعاقب عليها بالقصاص أو الدية. ويلاحظ أنه يعد القصاص نوعا من الحدود .

وأهـــم مـــا تطرق إليه هنا هو أن المذاهب الأربعة الكبرى تتفق فى أن هذه العقوبات المحـــددة بنصـــوص صـــريحة لا تغنى عن التعزير، إذ أجازوا أن يحكم بعقوبة تعزيرية مع العقـــوبة الحدية – إذا قضت بذلك المصلحة العامة. وهذا يؤكد رأينا الذى ذكرناه مرارا مـــن أن التعزيـــر هو الأصل فى جميع الجرائم وليس عقوبة مقصورة على نوع معين من الجرائم (التى اعترضنا على وصفها بأنها جرائم التعازير.. وقلنا إن ذلك القول يخلط بين أنـــواع العقـــوبات ويعدها أنواعا للجرائم). كما قلنا إن بعض التعازير هى تدابير وقائية وليست عقوبات جنائية–وإضافتها للحد لا يعد تشديدا للعقوبة القصوى.

صحيح أن رأينا هو أنه فى حالة توافر الظرف المشدد الذى يوجب الحكم بعقوبة الحد أو القصـــاص، فإن توقيع هذه العقوبة القصوى يغنى عن التعزير لأن فيه ما يكفى للردع والتأديب – ومع ذلك فإن المذاهب الأربعة تترك للقاضى التقدير وتعطيه الحق فى إضافة التعزير إلى العقوبة المقدرة. وهذا رأى لا نوافق عليه إذا كان التعزير المضاف عقوبة جنائية، لأن العقوبات القصوى الحدية فيها الكفاية فى نظر الشارع ، ولا نرى فائدة من الإضافة

[1] يوجد خلاف كبير حول عدد الجرائم – إذ إن كثيرين لا يعترفون بحد الردة – ولا حد الشرب.. وبذلك تكون الحدود المتفق عليها خمسة فقط ... مع ملاحظة أن حد الرجم فى زنا المحصن يعارضه كثيرون ويكتفون بما قرره القرآن من عقوبة الجلد لجميع أنواع "الزنا".

الوقائية والتهذيبية فقط :

إليهـا برغم أن العمل جرى على غير ذلك بقصد التشهير والتشفى ممن يتجرءون على هــذه الجرائم الخطيرة ... التى تعد من الكبائر. ومع ذلك، فإن كثيرا من التعازير التى يـــرون إضافتها إلى الحد أو القصاص، يمكن قبولها على أنها مجرد تدابير وقائية تحول دون عودة المجرم إلى الجريمة المنكرة .

الـنـوع الثانى :- فى نظره هو المعاصى التى وردت نصوص تفرض على مرتكبها الكفارة (دون حد ولا قصاص) .

فى نظــره أن هذا النوع من المعاصى حددته النصوص القرآنية كما هو الحال فى النوع السابق عليه .

وبرغم أن المعاصى من هذا النوع الأصل فيها أنها تعد فى نظره جرائم جنائية لأن الكفارة المفروضــة فيها يعدها عقوبة جنائية، فإنه يقول إن الفقهاء ليسوا متفقين على جواز التعزير فيها إضافة للكفارة كما اتفقوا على ذلك بالنسبة للنوع السابق، وإنهم يكتفون بالكفارة.

ورأيـــنا أن الفقهاء الذين يرفضون جواز التعزير على هذه "المعاصى" إنما يؤيدون وجهة نظرنا بأنها ليست جرائم جنائية — وأن الكفارة التى فُرضت على مرتكبيها هى مجرد إجراء تعبدى من نوع العبادات المؤدية للتوبة وللتطهير من دنس خطيئة دينية لاتصل إلى مستوى الجريمة الجنائية—ومراجعة الأفعال التى تدخل فى هذا النوع ترجح فى نظرنا هذا الرأى؛ لأنها كلها متعلقة بواجبات تدخل فى نطاق العبادات، كما هو واضح فى المثلين الواردين وهما الوطء (غير المحرم فى الأصل، أى مباشرة الزوج زوجته) فى نهار رمضان أو فترة الإحرام .

فرأينا هو أن هذا النوع من المعاصى لا يدخل فى نطاق التشريع الجنائى، ولم يكن هناك داع لذكره هنا لأن الكفارة المفروضة فيها هى عبادة محضة قصد بها تأكيد توبة مرتكبها وطلبه المغفرة — وهى ليست عقوبة جنائية فى نظرنا فى هذه الأحوال .

والـنـوع الـثـالث : فى نظره هو الأعم، ويرى أنه يشمل ثلاثة أنواع من حيث علاقتها بالحدود، على النحو الذى فصله .

سبق أن بيَّنا وجوب التفرقة بين تنوع الجرائم، وتنوع العقوبات، لأن الجريمة الواحدة يمكــن أن يختلف نوع عقوبتها أو مقدارها بسبب توافر ما نسميه "ظروفا مشددة" أو "ظروفا مخففة" .

هذه الظروف المشددة أو المخففة لا تغير جنس الجريمة ولا نوعها وإن كانت تغير العقوبة، الأمر الذى يعنى إعطاءها قدرا أكبر من الخطورة يسوِّغ حسبانها من الكبائر.

أو الكفارة :

والــرأى فى نظرنا هو القول بأن جميع المعاصى الأصل فيها التعزير اللذى تقتضيه مصلحة الجماعة، لكن بعضها يجب أن "يضاف" إلى التعزير فيه (فى رأيهم أو يعوض عنه فى رأينا) عقوبة حدية عند توافر ظرف مشدد فيها (وهذا هو ما عده النوع الأول منها (أ)).

والبعــض الآخــر (ب) هو الذى يجب فيه التعزير لثبوت الجريمة وكونها من جنس الجريمة الحدية لكنها لا تستوجب الحد بسبب عدم توافر الظرف المشدد أو وجود شبهة فى توافره لكى يعاقب مرتكبها بعقوبة حدية وليست من المعاصى التى تستوجب كفارة .

أما النوع الثالث (ج) فى نظره فيشمل الأفعال التى لم يفرض القرآن عليها عقوبة حديـــة مطلـــقا (أى أنها ليست من جنس الحد كما يقول)، ولكن تقتضى مصلحة الجماعـــة فـــرض عقوبـــة التعزير على مرتكبها ... لما يترتب عليها من ضرر للنظام الجماعة ويدخل فيه أغلب المعاصى التى ذكر أمثلة منها (ص ب/ 55) .

والمعيـــار الذى أشار له وهو "الضرر لنظام الجماعة أو مصلحة الجماعة" لا يكفى فى نظـــرنا — بل نرى أنه لابد أن يجد الفقه وأهل الاجتهاد أنه توافر فى الفعل الذى يستحـــق التعـــزير فى نظرهم ما يدخله ضمن إحدى النظريات التشريعية التى تدور حـــول الأفعال المعاقب عليها بنص قرآنى صريح، مثل جرائم العدوان على العرض والأسرة، أو على الأموال، أو على الأرواح والأبدان .. وهكذا .

وقـــد ســـبق أن أشرنا إلى أنه فى البند (–51–) فيما سبق فرّق بين التعزير على المعاصى — الذى يكون واجبا (مثل الربا وخيانة الأمانة والرشوة والسب) وفى غيرها يكون التعزير تقديريا للقاضى — المجتهد فى نظرنا — لا قضاة عصرنا .

وهـــذا النوع هو الذى جعل الفقهاء يسيرون على أنه "يجوز" فيها التعزير .. والجواز كـــان مـــتروكا لـــتقدير القاضى عندما كان القضاة مجتهدين، أما الآن فى عصر القضاة المقلدين، فلقد أصبح من واجب من يتولون مهمة الاجتهاد فى مجتمعاتنا أن يقننوا التعازير التى تدخل ضمن هذا النوع ويعدوها جرائم جنائية أو تدابير وقائية بنص صريح .

والمعاصـــى الـــتى لا تقنن لها عقوبات جنائية تخرج عن نطاق التشريع الجنائى — ويمكـــن أن يكون الجزاء فيها تأديبيّا وتهذيبيّا أو تعبديّا — لأن كلمة التعزير بحسب الأصـــل تشـــمل كل تدابير التأديب والتهذيب بإجراء اجتماعى أو دينى ليس من الضرورى وصفه بأنه "عقوبة جنائية" .

هـــذا هو السبب الذى جعلنا نؤكد ضرورة تقنين هذه التعازير بجميعها بقرار من الأمة أو ممن يمثلونها من أولى الأمر فى التشريع وهم أهل الاجتهاد كما سنوضح فيما يلى.

 : والمعاصي سواء كان فيها حد أو كفارة أو لا حد فيها ولا كفارة، مبينة بيانا لا خفاء فيه في الشريعة الإسلامية، وكل إنسان يستطيع إذا شاء أن يعرفها ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة. فالسبيل إلى معرفة المعاصي هو نفس السبيل الذي تعرف به الجرائم في القوانين الوضعية، هو الاطلاع والدراسة. فمن اطلع ودرس عرف المعاصي في الشريعة، وعرف الجرائم في القوانين الوضعية، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم. وليس يعيب الشريعة في أي شيء أن المعاصي لم تجمع في كتاب واحد، فإن العبرة ليست بجمع الجرائم في كتاب خاص بها، وإنما العبرة بالنص على الأفعال التي تعد جرائم، وعلى عقوباتها. على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولي الأمر من جمع المعاصي في كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة، مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم، ما دام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على المعاصي وتيسير العلم بها...

ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصًّا صريحًا حرمها، ونصًّا صريحًا يعاقب عليها إن كانت المعصية معاقبا عليها بالحد أو الكفارة. أما إن كان معاقبا عليها بالتعزير، فإنه يجد النص الذي حرمها، والنصوص التي فرضت عقوبات التعزير عليها وعلى غيرها...

ولقد استعرضنا جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصًا تحرمها، وتحدد عقوباتها. وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الأول من أنواع المعاصي، وهو النوع الذي فيه الحد أصلا والكفارة مع الحد أحيانا، ويبقى أن نستعرض النوع الثاني من المعاصي الذي فيه الكفارة، والذي قلنا إن هناك خلافا على التعزير فيه -٤٢-، وبعد أن نستعرض النصوص التي وردت فيه، نستعرض النوع الثالث من المعاصي، وهو النوع الذي لا حد فيه ولا كفارة...

المصدر تعليق "رقم-٤٢-": من عليك آنفا رأي الفقه الجعفري، فراجع...

"السبيل الذى يمكن المكلف من معرفة المعاصى التى يُعزر مرتكبها جنائيًا فى نظره" هو ما ذهـب إليه فقهاؤنا من الاكتفاء بالإحالة إلى وجوب الاطلاع ودراسة النصوص والعلم... الذى هو فريضة على كل مسلم ومسلمة..

ويشـعر الجميع بأن ظروف المجتمعات قد تعقدت أكثر من ذى قبل، وأصبح نصيب علوم الشريعة فى التعليم العام ضئيلا، حتى أصبح الفرد العادى محتاجا إلى أن يقوم "أهل الاجتهاد وأهل الذكر" بتسهيل سبل هذا العلم ... وخطوا خطوة محمودة بأن أضاف إلى ما قاله أسلافنا قوله إنه " ليس فى الشريعة ما يمنع أولى الأمر من جمع المعاصى" فى مجموعة أو مدونة تبين الأفعال المعاقب عليها جنائيًّا وعقوبة كل منها وذلك "لتيسير العلم بها".

ونحـن ومن يأتون بعدنا عليهم أن يخطوا خطوة أخرى، هى أن هذا "التقنين" أصبح واجبا... وضروريًّا فى الحاضر والمستقبل بشرط أن يقوم به أهل الاجتهاد.

والواقـع أن عـدم التقنين الشرعى أو تأخره قد ترك الساحة مفتوحة أمام السلاطين لكـى يقومـوا هم بإصدار مجموعات وضعية يستوردونها من النظم الجنائية الأجنبية... واسـتغنوا بذلك عن الفقه والاجتهاد وعطلوا الشريعة. ويسارع بعض فقهاء السلاطين ليصفوا هذه المستوردات بأنها تعازير ... وإذا انتقدهم أحد أو عاتبهم اعتذروا بأن الفقه هـو الـذى قصـر عن القيام بمواجهة هذه الضرورة أو الحاجة، وأن العلماء هم الذين تأخروا عن القيام بواجبهم فى التقنين الشرعى.

وهذا العذر صحيح إلى حد ما فى نظر كثيرين !!!...

لذلك تبارت شخصيات وهيئات عديدة الآن فى القيام بإعداد مشروعات للتقنين....

بقـى أن يستدرك المسئولون فى الدول المعاصرة الملزمون بالخضوع للشريعة وتطبيقها - لكـى يسارعوا إلى العمل بهذه التقنينات التى أعدها أهل الفقه والعلم بعد أن أصبح تطبيق الشريعة والالتزام بالفقه مطلبا شعبيًّا ملحًّا .. بسبب إصرار الشعوب على استبعاد "القوانين الوضعية" التى تستورد من الخارج .

غيـر أننا نقر قوله بأنه ليس بعيب فى الشريعة أن المعاصى (المعاقب عليها) لم تجمع فى كتـاب واحـد (تقنين تشريعى)، لأن التقنين فى نظرنا يجب أن يكون دائما عملا بشريًّا فقهيًّـا قابلا للتطوير والتغيير والتبديل، أما لو صدر عن المشرع الإلهى فقد يترتب عليه جمـود الشريعة وحرمانها من المرونة والتطور الذى هو من أهم مزايا شريعتنا التى تجعلها خالدة صالحة لكل زمان ومكان .

{٦٨/ب}

عود هـ

١٠٠ـ المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها : ذكرنا أن هذه المعاصي هـي إفساد الصيام، وإفساد الإحرام، والحنث في اليمين، والوطء في حيض، والوطء في ظهار، وسنعرضها واحدة بعد أخرى ...

إفساد الصيام : يقول الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم﴾ [البقرة:١٨٣]، ويقول: ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هُنّ لباس لكم وأنتم لباس لهن علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد تلك حدود الله فلا تقربوها﴾ [البقرة:١٨٧]. وروى عن أبي هريرة: أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: "هلكت يا رسول الله. قال: ما أهلكك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان. قال : هل تجد ما تعتق به رقبة؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال : لا. قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا؟ قال : لا. ثم جلس. فأتى النبي بفرق فيه تمر فقال : تصدق بهذا". فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم إفساده بجماع أو طعام أو شراب وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع-ع٤٣- عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا، ككفارة عن المعصية التي وقع فيها[1] ...

الصدر تعليق "رقم-٤٣-": ويدل على عقوبة من أفسد صومه بغير الجماع الخبر المعتبر المروي في الكافي عن الإمام جعفر بن محمد الصادق(ع) في رجل أفطر في شهر رمضان متعمدا يوما واحدا من غير عذر، قال: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا فإن لم يقدر تصدق بما يطيق ...

الشاوي رأينا في تعليق"رقم-٤٣-": تعليقات السيد الصدر حتى رقم-٤٧- هي في نظرنا تفترض أن الكفارة عقوبة جنائية، ونحن لا نوافق على ذلك، والحجج التي ناقشها كلها تدور حول الكفارة، ولا شأن لها في نظرنا بالتشريع الجنائي؛ لأنها إجراءات تعبدية، ونفضل استعمال كلمة "توبة" بدلا من كلمة "عقوبة" في أول التعليق ...

(١) اختلف الفقهاء في تطبيق النص المقرر للعقوبة، فمالك وأبو حنيفة يريان تطبيقه إذا أفسد الصيام بأكل أو شرب، والشافعي وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النص على حالة الجماع فقط. وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الأول يرى العقوبة على إفساد الصيام، وهو يفسد بالجماع والأكل والشرب، والفريق الثاني يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط، فلا تنطبق على غير ما جاءت فيه. وهناك خلافات أخرى أهمها : أن البعض يرى تطبيق النص على المرأة كما ينطبق على الرجل، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل. كذلك يرى البعض أن النص ينطبق على حالة العمد فقط، والبعض يسوي بين المتعمد والناسي. ويرى البعض في حالة تعدد الإفطار تطبيق قاعدة التداخل، ولا يرى البعض تطبيقها، ولكل فريق حججه، ولا نرى ما يدعو هنا لسردها، فكلها خلافات في تفسير النصوص وتطبيقها. راجع: بداية المجتهد الجزء الأول ص /٢١٠ وما بعدها، والهداية الجزء الأول ص/٩٦، والإقناع الجزء الأول ص/٣١٢ وما بعدها، المهذب ج/١ ص/١٨٣ وما بعدها ...

عوده

إفســاد الإحرام : يقول الله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله فمن كان منكم مريضا أو بــه أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشــرة كاملة ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة: ١٩٦]. ويقول: ﴿الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ [البقــرة:١٩٧]. ويقــول : ﴿وحــرم عليكم صيد البر مادمتم حرما﴾ [المائدة: ٩٦]. ويقــول: ﴿يأيهــا الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثــل ما قتل من النَّعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عــدل ذلــك صياما ليذوق وبال أمرِّه﴾ [المائدة: ٩٥]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تحلوا شعائر الله ولا الشهرَ الحرامَ ولا الهدى ولا القلائد﴾ [المائدة: ٢]...

ومــن السنَّة الثابتة ما يرويه-٤٤- كعب بن عجرة: أنه كان مع رسول الله (ﷺ) محــرما، فآذاه القمل في رأسه، فأمره رسول الله أن يحلق رأسه، وقال له : "صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، مدّين لكل إنسان، أو انسك بشاة" ...

ومــن المتفــق عليــه أن المنع من حلق الرأس لم يقصد لذاته، وإنما قصد منه منع الزينة والــترفيه، ولــذا يأخذ حكمه استعمال الطيب-٤٥- ولبس المخيط. وروى ابن عمر: أن رســول الله (ﷺ) قال في المحرم: "لا يلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخــف إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين، ولا يلبس من الثياب ما مسه ورس أو زعفران" ...

ويفســر الرفث بالجماع، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على المحرم إلى الأشياء التي كانت مباحة قبل أن يحرم، كالصيد والطيب والزينة بلبس المخيط(١) ...

[الصدر] تعليق "رقم-٤٤-": ونظير هذا الخبر خبر آخر يرويه الشيخ محمد بن الحسن الطوسي بإسناده عن الإمام جعفر بن محمد الصادق(ع) ...

[الصدر] تعليق "رقم-٤٥-": لا يمكن الاستناد إلى الخبر المذكور بوجوب الكفارة لاستعمال الطيب ولبس المخيط، إلا إذا قطعنا بأن المراد من الحديث الشريف هو منع من الزينة والترفيه وأنى يمكن القطع بذلك؟ ولا يحكم فقهاء المذهب الجعفري في مورد ما إلا مع قيام الدليل عليه.

[الشاوي] رأينا في تعليق "رقم-٤٤-و-٤٥-": راجع رأينا على تعليق رقم-٤٣- ...

---

(١) تفسير المنار ج/٢ ص/٢١٧ وما بعدها، بداية المجتهد ج/١ ص/٢٨٦ وما بعدها، المهذب ج/١ ص/٢٠٤ وما بعدها، الهداية ج/١ ص/١٢٥ وما بعدها، الإقناع ج/١ ص/٣٥٥ وما بعدها ...

عوده هذه هي النصوص التي تحرم ما يفسد الإحرام وتلك هي العقوبات التي فرضتها على من يفسد إحرامه، وهي نصوص صريحة كانت وما تزال عماد الفقهاء في بيان ما يفسد الإحرام وما يجب عليه من عقوبة ...

الحنث في اليمين: يقول الله تعالى: ﴿ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم﴾ [البقرة:٢٢٤]، ويقول: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة:٨٩]. وقال رسول الله (ﷺ) لعبد الرحمن بن سمرة: "يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك." -٤٦-. ولاشك أن هذه النصوص صريحة في تحريم الحنث باليمين، وتبيان عقوبة الفعل المحرم[1] ...

الوطء في الحيض: يقول الله تعالى: ﴿ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ [البقرة:٢٢٢]. وروي-٤٧- عن ابن عباس

الصدر تعليق "رقم-٤٦-": لا يستفاد من الرواية تقدير الكفارة، وإنما يستفاد منها وجوب التكفير. وفي روايات الشيعة الإمامية المروية عن أئمة أهل البيت (ع) ما يستفاد منه تقدير الكفارة ...

الصدر تعليق "رقم-٤٧-": وفي رواية داود بن فرقد المروية عن الإمام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام أنه قال: يتصدق إذا كان في أوله بدينار، وفي وسطه نصف دينار، وفي آخره ربع دينار. وقد اعتمد على هذه الرواية وذهب إلى وجوب التكفير بالثلث الأول من الحيض بدينار، وفي الثلث الثاني بنصف دينار، وفي الثلث الثالث بربع دينار جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري كالشيخ المفيد والسيد المرتضى والشيخ الطوسي. وذهبت جماعة أخرى من فقهاء الشيعة إلى عدم وجوب الكفارة للخبر المعتبر الذي يرويه العيص عن الإمام جعفر بن محمد أنه قال: سألت أبا عبد الله عن رجل واقع امرأته وهي طامث، فقال الإمام (ع): لا يلتمس فعل ذلك، قد نهى الله (ﷺ) أن يقربها. قلت: فإن فعل ذلك أعليه كفارة ؟ قال (ع): لا أعلم فيه شيئا، يستغفر الله ...

والرأي الراجح الذي يقتضيه الأخذ بمحتوى الدليلين هو نفي وجوب الكفارة للرواية الثانية، والحكم باستحبابها للرواية الأولى؛ لأن المستفاد عرفا من الكفارة في الرواية الثانية هو نفي وجوبها بشهادة الأولى الحاكمة بثبوتها، كما أن المستفاد عرفا من الأمر بها في الرواية الأولى هو استحبابها بشهادة الثانية النافية لها.

الشاوي رأينا في تعليق "رقم-٤٦-و-٤٧-": راجع تعليقنا رقم-٤٣- ...

---

(١) بداية المجتهد ج/١ ص/٣٢٩ وما بعدها، المهذب ج/٢ ص/١٥٠ وما بعدها، الهداية ج/٢ ص/٦٣ وما بعدها، الإقناع ج/٤ ص/٣٣٧ وما بعدها...

عوده

عن رسول الله (ﷺ) في الذي يأتي امرأته وهي حائض، أنه يتصدق بدينار، وروي عنه بنصف دينار. وروي أيضا في حديث ابن عباس: هذا أنه إن وطئ في الدم فعليه دينار، وإن وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار، وروي هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسي دينار ...

ونص القرآن صريح في تحريم إتيان المرأة في الحيض. أما الحديث المروي عن ابن عباس فقد صح عند أحمد فأوجب الكفارة دينارا على من وطئ الحائض[١] أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شيء من هذه الأحاديث، ولذلك لم يوجبوا الكفارة في وطء الحائض عملا بالأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل[٢].

ويترتب على القول بعدم وجوب "الكفارة" أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة، أي من المعاصي التي يمكن التعزير فيها... الوطء في الظهار : يقول الله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير* فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا﴾ [المجادلة: ٣، ٤] والنص قاطع في تعيين المعصية وتحديد العقوبة[٣] ...

---

(١) الإقناع ج١/ص٦٤ ...

(٢) بداية المجتهد ج١/ص٤٦، الهداية ج١/ص١٨ وما بعدها، المهذب ج١/ص٣٦ وما بعدها.

(٣) اختلف الفقهاء في تفسير معنى ﴿يعودون لما قالوا﴾ ففسرها مالك والشافعي وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه ينوي وطأها أو إمساكها أو هما معا، وفسرها مجاهد وطاووس وأبو حنيفة بأن العود المقصود هو العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية، وفسرها داود الظاهري بأن العود هو أن يكرر الظهار ثانية، فمن لم يظاهر مرتين ليس بعائد ولا كفارة عليه. فالمعصية بحسب تفسير مالك والشافعي وأحمد جريمة بسيطة، وبحسب تفسير الباقين وعلى الأخص داود من جرائم العادة، ولا تتكون إلا بحصول الظهار الثاني، أما الأول وحده فلا يكون المعصية، ومن ثم لم تترتب الكفارة إلا على الثاني. راجع بداية المجتهد ج٢/ص٨٧ ومابعدها، الهداية ج٣/ص١٤ وما بعدها، المهذب ج٢/ص١٢٠ وما بعدها، الإقناع ج٤/ص٨٢ وما بعدها ...

يعـــود فقيهنا للإضافة فى شرح الأفعال التى عَدَّها معاصى، لكن الشريعة اكتفت بـــأن فرضت الكفارة على مرتكبيها. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا لا يكفى بل يجوز فيها التعزير .

وهـــو يتعرض هنا لذلك على سبيل الاحتياط ما دام أن "بعض" الفقهاء يرى أنه يجـــوز "التعزير الجنائى" عليها – لكننا نستبعد هذا الرأى كما قدمنا؛ لأنه يؤدى إلى توسيع نطاق العقوبات الجنائية، وهو تبعا لذلك يعطى فرصة كبيرة لمن يدَّعون تمثيل سلطات الدولة ليفرضوا مزيدا من العقوبات ....

وفى رأينا أن الكفارة هى إجراء دينى وتدبير من نوع العبادات يعنى التوبة والندم. وقد جرت شريعتنا على الاكتفاء بالوازع الدينى والعقيدى، والاكتفاء به كلما أمكن ذلك. وليس من المصلحة إدخال التدابير الدينية فى نطاق التشريع الجنائى، لأن هذا يشـــوه صورتها ويضيع الغرض التربوى والتهذيبى الدينى الذى هو جوهرها، وهذا الغرض هو التوبة، وليس العقاب الجنائى .

بـــل لقد ذهبت فيما سبق إلى تأييد رأى المعتزلة[1] فى أن شريعتنا لا تقرر العقاب الجنائى علـــى "القـــتل" أو الجرح "خطأ". ويقول فقيهنا بحسبان هذا العقاب استثناء شرعيّا من المبدإ الـــذى قرره رسولنا الأمين بقوله: "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". هذا القـــول لا داعـــى له لأن الجزاء المقرر له فى شريعتنا بنص قرآنى هو الكفارة. ونحن نفضل المسمو بالكفارة عن وصفها بأنها عقوبة. ونرى أيضا عدم وصف هذه الأفعال الخاطئة بأنها "جـــرائم" حتى ولو سار جميع القوانين الوضعية على وصفها بهذا الوصف، وقررت لها بناء على ذلك عقوبات الحبس (على جريمة القتل خطأ) ويمكن اعتبار هذا الحبس تدبيرا وقائيا مثل الحبس فى أثناء التحقيق الذى هو تعزيز وقائى بمعنى أنه تدبير احتياطى لكن ليس عقوبة.

إننا نفضل عدم وصف الكفارة بأنها عقوبات جنائية، لأن ذلك يدل مرة أخرى على سمو الأحكام الشرعية وترفعها عما تسير عليه القوانين الوضعية من الإسراف فى العقاب الجنائى .. الذى تغنى عنه التوبة متى توافرت أسبابها، وأداء الكفارة هو إجراء يؤكدها .

إن شـــريعتنا تفضل الاستغناء عن العقوبة الجنائية بالتدابير ذات الصفة التعبدية والتربوية ... ومنها الكفارة التى تؤدى إلى التوبة .

---

(1) يراجع هامش (2) فى نهاية البند (300) من كتاب التشريع الجنائى فيما بعد ...

❁ التعازير أوسع نطاقا من العقوبات الجنائية وتشمل تدابير الوقاية والتهذيب:

إن شريعتنا ذات طابع إلهي ودينى – وتتميز بالحرص على التوبة أكثر من حرصها على العقوبة الجنائية – وهذا من أهم ما يميزها عن القوانين الوضعية .

لقد أفاض فى شرح أمثلة لهذا النوع من المعاصى التى تستوجب الكفارات. ويتبين من هـــذا الشرح أنها جميعا متعلقة بالعبادات وما يلزم لها من واجبات مثل وجوب الامتنــــاع عــــن جماع الزوجة فى الصيام والجماع فى حالة الإحرام والجماع فى فترة الحيـــض (مع الزوجة). والجماع بعد الظهار (مع الزوجة أيضا)، والحنث فى اليمين الذى يكون خطيئة دينية فقط طالما أنها لم تصل إلى ما يُعَدّ شهادة زور مثلا .

والنصوص القرآنية التى أوردها فى عرضه لهذه المعاصى كلها تؤكد ما قلناه دائما من أن شريعتنا ليست مجموعة نصوص تشريع جنائى، وإنما واجبات وتدابير متنوعة بعضهـــا تكـــون مخالفتها جرائم معاقبا عليها، لكن البعض الآخر لايجوز وصفها بأنها "جرائم" ولو كانت معاصى شرعية .

ومـــا لا يوصف بأنه جريمة لا يجوز عَدُّه ما يترتب عليه "عقوبة جنائية"، حتى ولو سار الفقه على إدخالها ضمن "التعازير" . إننا ننبه فى مواضع متعددة إلى أن كلمة "التعازير" لا يجـــوز عَدُّهـــا مرادفة "للعقوبات الجنائية"، لأن كثيرا منها مجرد تدابير تربوية وتهذيبية تدخل ضمن تدابير الوقاية أو تدخل ضمن العبادات التى يقصد بها التوبة أو التكفير عن خطـــيئة أو معصية، سواء كانت هذه المعصية جريمة معاقبا عليها بعقوبة جنائية، أو كانت مجـــرد معصـــية دينية وأخلاقية يكفى فيها التوبة المستفادة من أداء الواجبات الدينية التى نَعُدّها كفارات .

إن الطـــابع التعـــبدى لهذه التدابير لا يناسبه وصفها بأنها عقوبات جنائية، فالصوم وإطعـــام المساكين أو غير ذلك كالصدقات ... أو ذبح النعم (لإطعام المساكين أو غير المســـاكين من أهل الحرم) لا يليق بنا أن نصفها بأنها عقوبات جنائية، لأن ذلك يفسد هدفها الدينى والتعبدى ويترل بها إلى مستوى العقوبات مثل الجلد أو السجن ... إلخ،

ولذلك لا نوافق على إدخالها ضمن دراسة التشريع الجنائى بحجة أنها "تعازير" ...

عوده

١٠١ـ *المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة* : بينا فيما سبق أن المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة تنقسم إلى ثلاثة أنواع : نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه، ونوع شرع في جنسه الحد ولكن امتنع الحد فيه، ونوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد. فأما النوع الأول والثاني فقد سبق أن بينا النصوص التي وردت بالتحريم فيهما، –٤٨– وذلك عندما تكلمنا على النصوص التي جاءت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر المعاصي، ولو كان ما يدخل تحته محدودا لاستعرضنا النصوص التي وردت فيه كلها كما فعلنا في غيره من الأنواع، ولكن الواقع أن المعاصي التي تدخل تحت هذا النوع غير محدودة، ومن ثم فلن نستعرضها جميعا، وسنكتفي بعرض النصوص التي تحرم أهم المعاصي تدليلا على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من المعاصي ...

١ـ *تحريم بعض المطاعم* : يقول الله ﷻ: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة:١٧٣]. ويقول: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق﴾[المائدة:٣]. ويقول: ﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم﴾ [المائدة:١]. ويقول: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف:١٥٧]. ويقول رسول الله ﷺ : "الكلب خبيث خبيث ثمنه". ويروي جابر عن رسول الله ﷺ فيقول: ذبحنا يوم حنين الخيل والبغال والحمير، فنهانا–٤٩– رسول الله عن البغال والحمير،

الصدر تعليق "رقم–٤٨–": وقد ذكرنا رأي الفقه الجعفري في ذلك ...

الصدر تعليق "رقم–٤٩–": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن المستفاد من النهي عن البغال والحمير هو الكراهة؛ لأن ذلك لازم العمل بمحتوى ما دل على النهي مع محتوى ما دل على الجواز كخبر محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر محمد بن على الباقر (ع) عن لحوم الخيل والبغال والحمير فقال حلال. انتهى. فإن الحكم بالحلية بالرواية الثانية قرينة على أن المراد من النهي في الرواية الأولى الكراهة لا الحرمة ...

الشاوى رأينا فى "تعليق–٤٩–": اعترض على قول فقيهنا بتحريم لحم الخيل والحمير؛ لأن الشيعة تستند إلى وجود أثر يدل على جواز أكلها؛ ولذلك يَعّدون أن المقصود من النهي في الحديث المشار إليه الكراهة لا التحريم ... ونحن نؤيد هذا الاتجاه؛ لأن كثيرا من الشعوب تأكلها ...

عودة

ولم ينهنا عن الخيل. وروى عن ابن عباس أن النبي نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، وأكل كل ذي مخلب من الطير. وروت عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: "خمس يقتلن في الحل والحرم: الحية والفأرة والغراب الأبقع، والحدأة والكلب العقور" ...

٢ *خيانة الأمانة* : يقول الله ﷻ: ﴿إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا﴾ [الأحزاب:٧٢]. ويقول: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [النساء:٥٨]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم﴾ [الأنفال:٢٧]. ويقول: ﴿وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوبا كبيرا﴾ [النساء:٢]. ويقول: ﴿فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا﴾ [النساء:٦]. ويقول: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الإسراء:٣٤]. ويقول: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا﴾ [النساء:١٠]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء:٢٩]. وقال الرسول ﷺ: "أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر". وقال: "لا إيمان لمن لا أمانة له" ...

٣ـ *غش المكاييل والموازين وغيرها* : يقول الله ﷻ: ﴿ويل للمطففين * الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون * وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون﴾ [المطففين١ – ٣]. ويقول: ﴿أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين * وزنوا بالقسطاس المستقيم * ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين﴾ [الشعراء: ١٨١ – ١٨٣]...

٤ـ *شهادة الزور* : يقول الله ﷻ: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ويقول ﷻ: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة:٢٨٣]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين﴾ [النساء:١٣٥]. ويقول: ﴿والذين لا يشهدون الزور﴾ [الفرقان:٧٢]. وقال: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾ [الحج:٣٠]. ويروى عن أبي بكرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: "ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟". وكررها ثلاثا. قلنا: بلى يا رسول الله. قال: "الإشراك بالله وعقوق الوالدين". وكان متكئا فجلس فقال: "ألا وقول الزور، وشهادة الزور". فمازال يكررها حتى قلنا ليته سكت ...

عوده

٥ـ أكل الربا : يقول الله ﷻ: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[البقرة:٢٧٥]. ويقول: ﴿يمحق الله الربا ويربي الصدقات﴾ [البقرة:٢٧٦]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين * فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تَظلمون ولا تُظلمون﴾ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩]. ويقول : ﴿يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة﴾ [آل عمران:١٣٠]. ويقول: ﴿وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله﴾ [الروم:٣٩]. وقال الرسول ﷺ: "اجتنبوا السبع الموبقات". قالوا يا رسول الله وما هن؟ قال: "الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات".

٦ـ السب : يقول الله ﷻ: ﴿لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظُلم﴾ [النساء:١٤٨]. ويقول: ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ [الأنعام:١٠٨]. ويقول: ﴿ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾ [البقرة:١٩٠]. ويقول: ﴿يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان﴾ [الحجرات:١١]. وقال الرسول ﷺ : "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره". وقال: "بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام : دمه وعرضه وماله". وقال: "إن من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق". وقال: "سباب المسلم فسوق وقتاله كفر" ...

٧ـ الرشوة : يقول الله ﷻ: ﴿سمَّاعون للكذب أكالون للسحت﴾ [المائدة:٤٢]. ويقول: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾ [البقرة:١٨٨]. وقال رسول الله ﷺ: "لعن الله الراشي والمرتشي والرائش الذي يمشي بينهما". وقال: "لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم". "هدايا الأمراء غلول، وهدايا الأمراء سحت". ويروي أبو حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ بعث ابن اللتبية على الصدقة، فلما جاء قال: هذا لكم وهذا أهدى لي. فقال الرسول ﷺ: "ما بال أقوام نستعملهم على ما ولانا الله فيقول: هذا لكم وهذا أهدى لي، فهلا جلس في بيت أبيه فينظر أيهدى له أم لا؟" ...

﴿عودة﴾ ٨ ـ ألعاب القمار والميسر: يقول الله ﷻ: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة:٩٠] ...

٩ ـ دخول المساكن بغير حق: يقول الله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلّموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون * فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم﴾ [النور:٢٧، ٢٨]. ويقول: ﴿ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم﴾ [النور:٢٩] ...

١٠ ـ التجسس: يقول الله ﷻ: ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات:١٢] ...

هذه هي عشر جرائم من أهم جرائم التعزير، استعرضناها والنصوص التي وردت فيها -٥٠-. وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التي حرمتها بما لا سبيل إلى الشك فيه، ويستطيع من له إلمام بالشريعة أن يجد لكل ما حرمته الشريعة نصا يعين الجريمة ويحددها، وفي هذا وفيما استعرضناه من نصوص وردت في المعاصي التي يعاقب عليها بحد أو كفارة ...

وفي هذا كله الدليل القاطع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص -٥١- على كل الأفعال التي حرمتها ...

الصدر تعليق "رقم-٥٠-": كما وردت أخبار من طرق علماء الشيعة لا مجال لذكرها ...

الصدر تعليق "رقم-٥١-": بالمعنى الآنف الذكر ...

جنائيا يجب أن تكون محدودة ومقننة :

إن التوسع في عرض النصوص التي تحرم المعاصي لا يجوز أن يُفهم منه أن كل المعاصي يجب فيها العقاب الجنائي (بالتعزير). ذلك، أن الشريعة ليست مجرد قانون – وليست قانونا للعقوبات بالذات – وإنما هي ديانة وعقيدة وقيم أخلاقية قبل كل شيء، وهذا يجعلها تهتم بالعبادات والتربية والأخلاق التي تشغل جانبا كبيرا من شريعتنا – ويجعل تحريم المعاصي والأمر باجتنابها مبدأ دينيًّا وهدفا تربويًّا وأخلاقيًّا، ولا يصح لنا أن نعامله على أنه تشريع جنائي دائما.

صحيح أن من المفروض أن كل جريمة يكون فيها عنصر المعصية، ولكن لا يجوز القول بأنه كل معصية دينية يجب أن تكون جريمة تستحق عقوبة جنائية؛ لأن هذا التوسع في الجانب الجنائي يشوه شريعتنا ويصورها على أنها مجرد قانون للعقوبات ويتجاهل الأهداف التربوية والدينية التي هي العنصر الأول في شريعتنا الإلهية.

إن شريعتنا تركت للأمة أن تحدد بواسطة مجتهديها وممثليها بالشورى الحرة، عددا محدودا من المعاصي لكي توقع عليها عقوبة جنائية، وبذلك أرادات أن تترك هذا التحديد لمقتضيات التطوير وظروف الزمان والمكان، وتضع على عاتق "أولياء الأمر" في الفقه والتشريع أن يبادروا إلى تقنين التعازير .... حتى لا يدعى أحد أن كل ما يَعُدّه هو من المعاصي يستحق العقاب الجنائي ....

في نظـرنا: لا يكفي الإشارة إلى النصوص التي تحرم المعاصي، بل إن واجب الفقه أن يفرق بين ما يَعُدّه منها جريمة يعاقب عليها جنائيا، وبين ما يبقى معصية دينية أو خطيئة أخلاقية تكفي فيها بعض العبادات (ومنها الكفارات) .

وهذا هو ما تركه فقهائنا الشهيد لمن يأتون بعده، ويتولون مهمة "التقنين". وسنرى كيف فعل ذلك من أعدوا مشروعات تقنينات شرعية .. في بعض أقطارنا.

يؤيد ذلك أن فقهاءنا غالبا ما يقولون عن فعل ما إنه يجوز فيه التعزير. فالتعزير – أي التجريم – هو جوازي للقاضي، ومن باب أولى لمن يضعون التقنين .

ونحن نقول لكل من يتصدى لهذه المهمة الشرعية أن يذكر أن المعاصي إذا كانت غير محدودة كما ذكر الشهيد، فإن الجرائم الجنائية لابد أن تكون محدودة إذا كنا جادين في تطبيق مبدإ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في مجال التعازير .

وكل ما قاله من أمثلة للمعاصي التي حرمها القرآن هو جهد مشكور، لكن هذه مجرد تسهيل مهمة التقنين التي يجب أن تهدف إلى حصر ما يعاقب عليه منها جنائيا – دون غيره.

❁ الجزاءات التعبدية والتربوية ليست مقصورة على الجرائم الجنائية، ووصفها بأنها تعازير لا يعني أنها عقوبات جنائية :

والضمانة التي فرضتها الشريعة هي أن يتولى ذلك الحصر والتقنين من تثق فيهم الأمة، وهـــم أولو الأمر الذين يمثلونها من أهل الاجتهاد أو العلماء الذين يتولون مهمة الاجتهاد الجماعي الذين تختارهم لذلك في عصرنا أو العصور القادمة.

إنـــي أعتقد أننا يجب أن نفخر بأن شريعتنا علم وفقه وفكر في الجانب البشرى منها (الاجتـــهاد والإجماع)، وليست أحكاما سلطانية تفرضها الدولة أو من يتولون " الأمر " باسمها سواء كان ذلك بالحق أو بالباطل.

ولذلك، نجد أنه قبل عرضه للمعاصي (التي تستحق التعزير) يؤكد "أن المعاصي التي تدخـــل تحـــت هذا النوع غير محدودة" ... ثم يذكر أنه سيقتصر على عرض "أهمها"، تدليـــلا علـــى أن الشريعة تطبق قاعدة ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص في هذا النوع من المعاصي (ص ب/67).

معـــنى ذلـــك أن الشـــريعة أوردت أفعالا (غير محدودة) عَدَّها معاصي، وهذا يكفى لإعطـــاء الشرعية لما يختاره المجتهدون منها لكي تستحق عقوبات جنائية (لا بد أن تكون محدودة ومعروفة للمكلَّف مقدما).

وقد ذكر عشرة أمثلة منها، بعضها تَعُدُّه القوانين الوضعية جرائم جنائية (خيانة الأمانة – غـــش المكاييل – شهادة الزور – السب – الرشوة – ...)، والبعض الآخر لا يكون جـــريمة إلا في حـــالات معينة وبشروط محدودة (مثل ألعاب القمار والميسر – ودخول المساكن بغير حق – والتجسس ...)، وبعضها لا تَعُدُّه النصوص الوضعية جرائم جنائية (مثل تحريم بعض المطاعم ...).

فإذا جاءت بعض التقنينات الشرعية ونصت فقط على عقوبات جنائية للمعاصي التي تعـــاقب عليها القوانين الوضعية الآن، وتركت ما عداها، فليس معنى ذلك إباحتها وإنما يُعَدّ الجزاء عليها تعبديا ... وليس جنائيا.

وكـــلما تغـــيرت ظروف الزمان والمكان أمكن للمجتهدين إدخال معاص أخرى في دائـــرة العقاب الجنائي، وهذه هي مرونة الأحكام الاجتهادية في شريعتنا، والتي تؤكد ما قلـــنا من أن التعازير أوسع نطاقا من التشريع الجنائي، وتشمل تدابير هي عبادات وتربية يقصد بها الترغيب في التوبة والتشجيع عليها وليست عقوبات جنائية.

١٠٢ ـ ظنون لا أساس لها من الحق: ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير، وأنها تركت للقاضي تلك المهمة، ورتبوا على هذا الظن الخاطئ أن سلطة القاضي في التعزير سلطة تحكمية، وأن جرائم التعازير وعقوباتها غير منصوص عليها، وأنها متروكة لتقدير القاضي، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولو أنه لم يجرَّم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه. ومنطق هؤلاء باطل لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع ...

ولقد وقع هؤلاء في ظنهم الخاطئ نتيجة لسوء الفهم وقلة الاطلاع. فكتب الشريعة مركزة العبارة، تصاغ عباراتها عادة في دقة بالغة حتى لتبلغ في تركيزها أكثر ما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقة. وللفقهاء فوق ذلك كله تعبيرات واصطلاحات خاصة ينبغي أن يلم بها المرء قبل دراسة الشريعة، كما ينبغي أن يلم دارس القانون قبل دراسته بالاصطلاحات القانونية. فمن جهل الاصطلاحات الشرعية ولم يدقق في الاطلاع على نصوص الشريعة، فلاشك في أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فهمًا صحيحًا. وهذا هو الذي حدث فعلاً للقائلين: بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعزير وعقوباتها، فإنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة على وجهه الصحيح، ولو فهموه على وجهه لعلموا أن الشريعة حددت الأفعال المعدودة معاصي وعينتها، وأن الشريعة توجب على القاضي قبل كل شيء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا، فإن وجده معصية بحث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجاني أم لا، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التي وضعتها الشريعة للتعزير، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة في نوعها وكمها للجريمة وللمجرم. أما إذا وجد القاضي أن الفعل ليس معصية، فلا جريمة ولا عقوبة. وليس للقاضي ولا لأحد كائنًا من كان أن يَعُدّ فعلاً ما معصية، ما لم تَعُدّه الشريعة كذلك، وليس للقاضي ولا لأحد كائنًا من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقررها الشريعة وإلا كان محرِّمًا ما أحله الله، مبيحًا ما حرمه، وقائلاً على الله بغير علم ...

١٠٣ ـ نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير: ونستطيع أن نتبين صحة ما قلناه من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير. فهذا فقيه حنفي يقول: "التعزير يكون في كل معصية، إلخ"، وليس فيه شيء مقدر، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جنايات الناس وأحوالهم.[1] وهذا فقيه شافعي يقول: "من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر على

---

(١) الزيلعي ج/٣ ص/٢٠٨ ...

عوده حسب ما يراه السلطان".[1] وهذا فقيه مالكي يقول بعد أن يعدد جرائم القصاص والديات وجرائم الحدود: "وماعداها فيوجب التعزير، وهو موكول لاجتهاد الإمام، وعزر الإمام لمعصية الله أو لحق آدمي".[2] وهذا فقيه حنبلي يقول: "التعزير هو التأديب، وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص".[3] -٥٢- ...

فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها إلا إذا فهم معنى المعصية ومعنى الحد، ومعنى الكفارة، ومعنى العقوبة المقدرة، والعقوبة غير المقدرة ...

ولقد بينا معنى المعصية والكفارة فيما سبق، فلنبين الآن معنى الحد ...

والحد: هو العقوبة المقدرة شرعا. ومعنى أنها مقدرة شرعا أن الشارع عين نوعها، وبين مقدارها بنفسه، ولم يترك للقاضي حق تعيينها أو تقديرها، ولم يجعل له أن ينقص منها أو يزيد فيها، أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها، فهي عقوبة لازمة. وهي عقوبة تصبح بتعيينها وتقديرها ذات حد واحد، ولو كانت طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين. فعقوبة الزاني غير المحصن عقوبة مقدرة وهي الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة، ولا تزيد واحدة، وقد أصبحت بهذا التعيين والتحديد عقوبة ذات حد واحد، ولو أن طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين. وعقوبة القذف ثمانون جلدة لا تزيد واحدة ولا تنقص واحدة فهي عقوبة مقدرة، وعقوبة القصاص مقدرة بطبيعتها؛ لأنها لا تزيد ولا تنقص شيئا عما فعله الجاني، وعقوبة الدية مقدرة لأنها ذات حد واحد بتعيينها وتحديد مقدارها، بحيث لا يستطيع القاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها ...

أما العقوبة غير المقدرة فهي كل عقوبة ترك للقاضي اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة، وترك له أن يقدر كمها، إذا لم تكن بطبيعتها ذات حد واحد بحيث لا يرتفع عن حدها الأعلى ولا ينزل عن حدها الأدنى ...

الصدر تعليق "رقم-٥٢-": فيختار العقاب الذي يراه رادعا له عن المعصية ومانعا لسواه عن ارتكابها ...

(١) المهذب ج/٢ ص/٣٠٦ ...
(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٩ ...
(٣) الإقناع ج/٤ ص/٢٦٨ ...

عوده فـإذا فهمـنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله الفقهاء عن التعزير، فإذا قالوا : إن التعزير يكون في كل معصية، فمعنى ذلك أن التعزير يكون في كل فعل نصت الشريعة على تحريمه. وإذا قالوا : إن التعزير ليس فيـه شيء مقدر، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لكل منها عقوبة معينة مقدرة، لامحيص من توقيعها على الجاني كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، وإنما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضي ملزما بتطبيق إحداها دون الأخرى، وإنما له أن يختار منها واحدة أو أكثر، فإذا اختار إحداها وكانت ذات حدين فله بتطبيقها أن يترل بالعقوبة إلى الحد الأدنى، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى.

وعلى هذا إذا كانت عقوبة الجريمة التعزيرية معينة بالنص على عقوبات التعزير، فإن عقـوبة الجريمة التعزيرية ليست مقدرة لعدم النص على حد معين لازم من العقاب.

وإذا قال الفقهاء إن التعزير مفوض لرأي الإمام أو الحاكم أو اجتهادهما، فمعنى ذلك أن القاضي، وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم، ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقا لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم، وطبقا لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف ...

ولا للحكام المقلدين فى عصرنا :

كل ما قاله فقيهنا للدفاع عما جرى عليه أسلافنا من ترك مهمة تحديد الجرائم والعقوبات للقاضى لا يعفينا من واجب تقنين التعازير، لأن قضاتنا وحكامنا لم يعودوا مجتهدين، وقد فوض لهم الفقه فى الماضى هذه المهمة لأنهم كانوا فقهاء ويشترطون فيهم أن يكونوا مجتهدين.

وما دمنا قد وصلنا الآن إلى أن يكون قضاتنا وحكامنا مجرد مقلدين، فلا بد أن يقوم الاجتهاد الجماعى، أو أهل الذكر بمهمة التقنين .

لقد أشار الشهيد عودة إلى أن الشريعة تركت "لأولى الأمر" النص على بعض التعازير بحسب ما تقتضيه حال الجماعة والدفاع عن مصالحها ونظامها العام .. بشرط ألا يكون مخالفا لنصوص الشريعة ومبادئها العامة .. ومن الضرورى أن نوضح أنه يقال عادة إن "أولى الأمـر" الذين تركت لهم الشريعة حق تقنين التعازير هم العلماء والفقهاء، ويقصد بذلك أنهم أهل الاجتهاد –ومنهم القضاة (لأن الفقه كان يشترط فيهم أن يكونوا من المجتهدين) – والمهم عندنا أن يعلم الجميع أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أنهم سلطات الدولـة أو السلاطين أو الحكام، وخصوصا أولئك الذين يفرضون ولايتهم بالقوة والغلبـ ويدعمـون سـلطتهم بالقوانين الوضعية التى يفرضون بها ولايتهم، ويصفون أحكامها الجائرة بأنها "شرعية وضعية"[1]؛ فهؤلاء ليسوا "أولى الأمر" فى نظر الفقه...

وفى هذا الصدد عرضنا فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" ثلاث نقاط نرى من الضرورى أن نؤكد عليها هنا لإتمام – موضوع التقنين – وهى كما يلى:

1 – أن الاجتهاد فى العصر الحاضر والمستقبل أصبح جماعيا، فلا يستقل به أشخاص أو أفراد معنيون، وذلك للأسباب التى أوردها الفقهاء تبريرا لقاعدة قفل باب الاجتهاد – والمقصود بالتعطيل فى نظرنا هو الاجتهاد الفردى وحده لا الجماعى.

يراجع قولنا : "إذا كان هناك من يتردد فى القول بوجود اجتهاد فردى نتيجة الخمول والتخلف السياسى الذى سيطر على عالمنا، وأثر فى ثقافتنا ومجتمعنا قرونا طويلة، وأدى إلى توقف علمائنا عن ممارسة الاجتهاد المطلق الفردى وعدم نزاهة من يسمون فقهاء السلاطين الذين يخضعون لأهواء الحكام المستبدين، فإن باب الاجتهاد الجماعى يبقى مفتوحا ولم يقفل قط فى نظرنا،ولابد من التوسع فيه فى المستقبل وتنظيمه عن طريق إنشاء مجالس ومجامع متخصصة لذلك، أو عن طريق الشورى المرسلة بمناقشة كل فقيه آراء غيره فى كتبه ودروسه أو مناظرات علنية.

---

(1) يراجع بند (51) وبند (59) .

إن كثيرين من علماء الشريعة المعاصرين يرون أن تنظيم الاجتهاد الجماعي أصبح ضروري، ويقترحون أن تعقد مجالس أو مجامع فقهية تضم عددا كبيرا من العلماء والخبراء – أهل الذكر – يتشاورون ويتبادلون الرأى، ويكون رأيهم اجتهادا يكمل ما قدمه المجتهدون من قبل، ويوالون بذلك تزويد الفقه الإسلامي بما يحتاج إليه من أحكام مستحدثة تستجيب لمطالب الشعوب الإسلامية فى هذا العصر وما يليه من عصور،ويصفون ما يصدر عن هذا المجلس بأنه اجتهاد جماعي أو شورى."[1] .

2 – أن الاجتهاد حتى ولو كان فرديا لا يستقل به الأئمة من الفقهاء – وإنما يساهم فيه طوائف كثيرة من "أهل الذكر" أى أهل الاختصاص والخبراء فى الطب والسياسة والحرب والزراعة والتجارة ... وما إليها من المهن التى تتأثر بالأحكام الفرعية – بل وكذلك جماهير العامة الذين لهم حق مناقشة المفتين والعلماء والأئمة وإبداء ما يرونه من ملاحظات على مدى تجردهم من الأهواء الشخصية أو التأثر بإغراءات السلاطين وضغوطهم ...

وقد أشرنا إلى دور الأفراد العاديين فى الاجتهاد فى كتابنا فقه الشورى والاستشارة،[2] لأن الفرد هو صاحب الحق الأول والواجب الأول فى أن يجتهد لنفسه فى حدود استطاعته ويستنبط الأحكام من مصادرها الشرعية – وقد قرر ذلك أستاذنا الشيخ محمود شلتوت فى كتابه[3] .

3 أن الاجتهاد الجماعي أو الفردى هو تشاور أو مشورة ينتج عنها فتوى أو نصيحة أو استشارة لا تلزم إلا من يقتنع بها ويثق بحجيتها ويقتنع بأدلتها ...

(1) يـراجع ما كتبه الشيخ محمد الطاهر بن عاشور فى كتابه "مقاصد الشريعة" طبعة 1978م، ص 141 حيث قال : "وإن أقل ما يجب على العلماء فى هذا العصر أن يبتدئوا به من هذا الغرض العلمى، هو أن يسعوا إلى جمع مجمع علمى يحضره أكبر العلماء بالعلوم الشرعية فى كل قطر إسلامي على اختلاف مذاهب المسلمين فى الأقطار، ويبسطوا بينهم حاجات الأمة ويصدروا فيها عن وفاق فيما يتعين عمل الأمة عليه، ويعلموا به أقطار الإسلام" .

(2) فقــه الشـورى البند 41 ص 247–الفقرة (3) وص 248 الفقرة الأولى فقط و ص 249 وص 250 يليها البند 38 ص 224 الفقرة الأخيرة وص 225 الفقرات الأربع الأولى، ثم ص 248 ابتداء من الفقرة (2).

(3) يراجع كتاب الشيخ محمود شلتوت بعنوان "العقيدة والشريعة" : (فى البند 39 – ص 236 الفقرة 2 تحت عنوان "الاجتهاد الشخصى" إلى نهاية الصفحة).

أما الشورى فهي قرارات تصدرها الجماعة أو الأمة لتكون ملزمة للجميع بمقتضى مبدإ الإجماع (سواء كان إجماعا مطلقا شاملا أو إجماع الجمهور أى الأغلبية) بحسبان أن الانتماء للجماعة معناه أن قرار الشورى الملزمة يكفي فيه إجماع الجمهور أى الأغلبية، وعلى الأقلية أن تلتزم دائما بقرار الأغلبية الصادر نتيجة شورى حرة شاركوا فيها وعرضوا وجهة نظرهم أو لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك .

4 - أن الشورى هى المصدر المباشر لأحكام الشريعة طبقا لآية الشورى التى وصفت جماعة المسلمين بأن أمرهم "شورى" - وأن ذلك هو ما حدث فعلا قبل الهجرة عندما كان المسلمون فى مكة ولم ترد فى تلك الفترة نصوص قرآنية تتضمن أحكاما قانونية فى هذه المرحلة رغم طولها ... ولذلك فإنه يستفاد من هذه الآية أن المصدر الشرعى للأحكام القانونية التى طبقها المسلمون فى مكة قبل الهجرة كان الشورى فيما لم يوجد بشأنه أمر إلهى أو سنة نبوية .

أما بعد الهجرة فى حياة رسولنا الكريم ثم فى عهد الخلفاء الراشدين، فقد استمر التشاور فى نطاق الفقه، سواء للوصول إلى ما قرره القرآن أو السنة من أحكام علم بها البعض ولم يعلم بها الآخرون، أو لاستنباط الأحكام الاجتهادية فيما لا يوجد فيه نص فى الكتاب أو السنة .

وقد استمر الوضع على هذا المنوال بعد ذلك - لكن التشاور كان مرسلا طوال عصور تاريخنا ولم يكن فى مجالس نظامية ...

وقد بينا ذلك بوضوح فى كتابنا فقه الشورى ....[1]

* * *

إنـــا نصـــر على نقد كل ما يُفهم منه أن تقنين التعازير موكول إلى "ولى الأمر - أو السلطان - أو الإمام - أو الحاكم"، لأنه من المؤكد أن قصد فقهائنا أن الذى يتولى هذا "الأمـــر" هـــو مـــن اشترطوا فيه أن يتوافر فيه الأهلية للاجتهاد من هؤلاء، لأنهم كانوا يشـــترطون ذلك لصحة ولاية القضاء أو الإمامة أى الخلافة. وبناء على ذلك، فرأينا هو أن مـــن لا يتوافر لديه شرط الاجتهاد لايجوز أن يتدخل فى التشريع ولا أن يتولى تقنين التعازير أو يشارك فيه ... ولا يجوز وصفه بأنه يُعَدُّ ولى الأمر فى الفقه والتشريع .

---

(1) يراجع كتابنا "فقه الشورى" فى البند 39 ص 240 الفقرة (2) وص 241 وص 246 الفقرة (3) وما بعدها.

أقوال الفقهاء عن ولى الأمر أو الحاكم أو القاضى لاتطبق فى هذا العصر :

ونعيد هنا ما قلناه من قبل إن "الحاكم" فى كتب الفقه كان يُقصد به القاضى، فلا يشمل من نسميهم أو يسمون أنفسهم حكاما فى هذا الزمان .

كما أن قوله إن القاضى يقوم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم فيه تجوُّز. ويكفى أن نستشهد هنا بما قرره السنهورى فى كتاب فقه الخلافة حيث يقول :

"كانت ولاية القاضى من الوجهة النظرية نيابة عن الخليفة – ولكن الفقهاء يقررون أنه من الوجهة الشرعية فإن القاضى يتولى نيابة عن الأمة – وبناءٍ على تولية الخليفة له – أى أنه يحكم بناء على ولاية المسلمين عامة"[1] .

والوجهة النظرية التى أشار إليها السنهورى كانت مبنية على أن الخليفة يشترط فقهاؤنا فيــه أن يكون مجتهدا وله بذلك حق ولاية القضاء باعتباره مجتهدا ويفوضها للقاضى – أما إذا كان غير مجتهد فلا دخل له بولاية القضاء لا بالأصالة ولا بالنيابة. فالسلاطين والرؤساء والأمراء فى زماننا ليسوا هم الأئمة الذين اشترط الفقه فيهم صفة الاجتهاد .

إننا نعترف لفقهاء شريعتنا أنهم حرصوا أشد الحرص على حرمان السلاطين ورؤساء الدول وكل من يتولون السلطة التنفيذية من ادعاء حق التعزير، وأنهـــم كانوا يعطون هذه السلطة للقضاة بصفتهم فقهاء مجتهدين وكانوا يصفون القضاة بأنهم الحكام.

والثابت فى جميع عصور تاريخنا أن الأمراء والخلفاء لم يدَّعوا لأنفسهم سلطة التعزير أو التشـــريع، وإن كـــانوا قــد ارتكبوا فى كثير من الأحيان أعمال عنف وقسوة لا تســوِّغها الشريعة ولا تقرها. فقد كانت أعمالا تنفيذية أو سلطوية وعدوانية لا عملا تشريعيا لها. وحصر ولاية التعزير فى القضاة كان سببه أنهم فقهاء مجتهدون، وهذا المبدأ نتيجة حتمية للمبدإ الشرعى الذى يوجب أن يكون التعزير مبنيا على مبادئ الشريعة وروحهـــا، وفى إطار مصادرها وأصولها. وقد صرح بذلك الشهيد عوده بقوله : "إن القواعـــد الشرعية (فى التعزير) لا ترتبط بالحكام ولا بنظام الحكم (كما فى القوانين الوضعية) وإنما ترتبط بالدين الإسلامى وشريعته"[2] .

---

(1) يراجع كتاب "فقه الخلافة" للسنهورى – النص العربى بالطبعة الأولى (أصدرتها هيئة الكتاب فى مصر عام 1989م – بند (150) ص (214) .

(2) يـــراجع البـــدنان (46، 47) حيث قال صراحة : "إن القوانين الوضعية هى من صنع الفئة الحاكمة تراعى فيها مصلحتها دون غيرها من الفئات ...." .

أولياء الأمر والقضاة الذين تطبق عليهم أقوال فقهائنا كانوا مجتهدين :

ومعنى ذلك أن فقهاءنا يعطون المجتهدين الحق فى تحديد أفعال التعازير وجزاءاتها ليكون استنباطهم لها على أسس شرعية، ويعطونه للقضاة كذلك بحسبانهم مجتهدين عندما كانوا كذلك، لا بحسبانهم تابعين للحكومة أو السلطة التنفيذية ولا ممثلين للدولة ولو وصفت بأنها خلافة. ويُعَدُّ المجتهدون أو أهل الاجتهاد الجماعى فى زماننا هم أولى الأمر فى مجال التقنين الذى أصبح واجبا عليهم فى هذا العصر وما بعده.

وسبب الوجوب الآن هو ما يلى :

أولا : أن المستبدين من الرؤساء والحكام فى كثير من دولنا قد تصدوا فعلا لإصدار قوانين وضعية بتحديد الجرائم والعقوبات دون تقيد بمصادر الشريعة – بل يرفضون تطبيق الشريعة، ولا يلتزمون بأن تستمد القوانين من مبادئ الشريعة أو أن تتقيد بأصولها ومصادرها .

وما دام الناس قد تعودوا أن يروا قوانين مكتوبة ومنشورة فى المسائل الجنائية، فلابد من أن نقدم لهم تقنينات شرعية لتحل محل القوانين الوضعية التى لم تكن مستمدة من الشريعة أو مصادرها الإلهية والفقهية .

فى نظرنا أنه لا يمكن للسلاطين وأمثالهم من الرؤساء أو الزعماء أو رجال السياسة أن يتأكدوا من وجود هذا الارتباط بين النص وبين المصادر الإلهية للشريعة، والذى يقدر على ذلك هم رجال العلم والفقه وأهل الاجتهاد. فلابد أن يكون التقنين من اختصاص أهل الاجتهاد والفقهاء، يساعدهم فى ذلك أهل الذكر من الخبراء – ويكون ذلك تحت إشراف جماهير العامة التى تختارهم لذلك وتفوضهم فيه .

ثانيا : كلمة الحاكم وكلمة الإمام[1] فى كتب التراث قد تغير مدلولها فى اللغة المعاصرة. فالحاكم فى العصور السابقة كان يُقصد به القاضى المجتهد، والإمام كان يُقصد به غالبا أئمة الفقه المجتهدون فى المذاهب المختلفة أو الخليفة الذى كان يشترط فيه أن يكون مجتهدا .

أما فى لغتنا المعاصرة فإن كثيرين يطلقون اللفظين (الحاكم والإمام) على رؤساء الدول والسلاطين غير المجتهدين، وقد ساهم فقهاء السلاطين فى ترويج ذلك فى كتاباتهم.

---

(1) تراجع النماذج التى أوردها الشهيد فى البند (103) .

❁ النصوص الشرعية بتحريم أفعال معينة أو العقاب عليها هي أساس النظريات التشريعية التي تستمد منها أحكام التعازير :

- يضاف لذلك سبب آخر : هو تعقد شئون الأفراد والجماعات في العصر الحاضر وما بعده، الأمر الذي يفرض زيادة المسائل التي تحتاج إلى تجريم وعقاب – والواجب أن يتم ذلك بجهد من يؤهلهم علمهم أو خبرتهم لذلك، بشرط أن يحوزوا ثقة جماهير العامة التي لها المصلحة في التأكد من نزاهتهم .

إضافة إلى ما قدمه فقيهنا من نصوص تشير إلى المعاصي الشرعية، فإننا نرى أن النصوص التي فرضت عقوبات مقدرة (حدًّا أو قصاصا) هي أولى النصوص التي يجب الاستفادة منها في معرفة "المعاصي الشرعية" بحسبانها لا تقتصر على تحريم الأفعال التي تقررت لها تلك العقوبات، بل هي أساس نظرية تشريعية توجب حماية حقوق أو قيم اجتماعية معينة، يجب أن تُعَدّ كل عدوان عليها معصية شرعية أو فعلا ضارًّا يستحق التعزير .

فالعقاب على جريمة الزنا مثلا هو أساس نظرية تشريعية لعَدٍّ كل عدوان على الأسرة أو على العرض معصية ولو لم يصل إلى حد الزنا .

والعقاب على السرقة أساس نظرية تشريعية واسعة توجب عَدَّ كل عدوان على المال أو الحقوق المالية معصية ولو لم يصل إلى حد السرقة .

والعقاب على قذف المحصنات أساس نظرية تشريعية توجب عَدَّ كل عدوان على سمعة الأفراد أو كرامتهم وشرفهم معصية تستحق التعزير ...

وهكذا، فإن كل نص فقهي بالتعزير على فعل معين يجب أن يكون أساسه نظرية تشريعية تستنبط من نص شرعي بعقوبة مقررة على فعل معين .

إننا نرى أنه لم يعد يكفينا القول بأن النصوص الشرعية التي تقرر عقوبة مقدرة يقصد بها مجرد حكم فرعي بالعقاب الحدى على جريمة معينة؛ بل إن لها مقصدا أسمى وأبعد من ذلك، هو حماية حق أو حرمة أو قيمة اجتماعية أساسية بالتعزير على كل فعل يهددها أو يضر بها بالتعزير ولو لم يكن هناك نص شرعي بالعقاب الحدى على مرتكبها، وبهذا لا يكون التعزير تحكميا؛ بل يكون أساسه نظرية تشريعية تبنى على نص شرعي .

ونضيف لذلك أن التعزير لا يقصد به فقط العقوبات الجنائية، بل يتسع لتدابير وقائية وتربوية وتهذيبية، يختص القضاء وحده بفرضها .

عوده ١٠٤ ـ **كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير**: بينا فيما سبق أن الشريعة نصت على جرائم التعازير وعينتها، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة، ومن قواعدها العامة، ومن النصوص التي حرمت الجرائم وعينتها. وقلنا إن الشريعة كما نصت على جرائم التعزير نصت أيضا على عقوبات التعزير، والآن نقدم الدليل على هذا القول:

أولا : عقوبة الوعظ، وعقوبة التهديد، وعقوبة الجلد أو الضرب: هذه العقوبات نص عليها القرآن والسنة، فيقول الله تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ [النساء:٣٤]. فهذا النص القرآني يفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المرأة التي لا تطيع زوجها، وهى الوعظ والهجر والضرب. ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة، فمعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لا حد فيها ولا كفارة-٥٣- ...

وإذا كان الهجر في المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه إلا الزوج، فإن الهجر في المضاجع ليس إلا نوعا من الهجر، وقد أمر الرسول بهجر الثلاثة الذين خلفوا، وأمر عمر بهجر صبيع. فالهجر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المهجور[1] ...

وقال رسول الله ﷺ: "رحم الله امرأ علق سوطه بحيث يراه أهله"، وقال "لا ترفع عصاك عن أهلك". وقال: "علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر". وقال: "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين". فهذه النصوص تفرض عقوبتين : أولاهما: التهديد بالعقاب والتخويف منه، وهذا ما يستفاد من تعليق السوط بحيث يرى وعدم رفع العصا. والثانية هى الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط. والنص الأخير-٥٤- صريح في جواز الجلد في غير الحدود، كما أنه يعين الحد الأعلى لعقوبة الجلد على رأي..

الصدر تعليق "رقم-٥٣-": إن هذه العقوبات الثلاث، وإن كان موردها لا حد فيه ولا كفارة، إلا أنه لا يمكن الحكم بها في كل مورد لا حد فيه ولا كفارة، بل يرجع في مقداره إلى الحاكم الشرعي فيختار ما يراه رادعا للشخص عن المعصية ثانيا، ومانعا لغيره عن الإتيان بها كما ألمعنا إلى ذلك قريبا. نعم إن الهجر عقوبة لجميع العصاة إذا كان فيه تأديب لهم وكان زاجرا لهم عن العود إلى العصيان ...

الصدر تعليق "رقم-٥٤-": النص الأخير إنما يمنع من وصول التعزير إلى الحدود ولا يستفاد منه جواز الجلد في غير التعزير ...

---

(١) تراجع الفقرات ٤٨١، ٤٨٧، ٤٨٨ ...

عو٥د فالقرآن والسنّة إذن يفرضان عقوبات الوعظ والهجر والتهديد والجلد، وعقوبة الجلد والضرب ذات حدين بطبيعتها. ويرى البعض أن الحديث السابق عن الحد الأعلى للعقوبة -٥٥- بينما يرى البعض أن الحد الأعلى يعينه ولي الأمر.[1] أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها، أما عقوبة الهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل ...

ثانيا : عقوبة التوبيخ: يروى عن أبي ذر أنه قال : ساببت رجلا فعيرته بأمه، فقال رسول الله ﷺ: "يا أبا ذر عيرته بأمه؟ إنك امرؤ فيك جاهلية". فهذا هو الرسول يعاقب أبا ذر بتوبيخه، ومن ثم يكون التوبيخ عقوبة تعزيرية، وسنة سنها الرسول، والسنة هي المصدر الثاني للشريعة سواء كانت عملية أو قولية ...

ثالثا : الحبس والصلب: ومصدر هاتين العقوبتين هو السنة العملية أيضا فمما يروى عن الرسول أنه حبس شخصا في تهمة، وأنه صلب رجلا حيا على جبل يقال له أبو ناب[2]...

رابعا : القتل : مصدر هذه العقوبة السنة القولية، فيروى عن الرسول ﷺ أنه قال: "من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم، ويفرق جماعتكم فاقتلوه".-٥٦- وفي رواية: "ستكون هنات وهنات، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائنا من كان". -٥٧-[3]، والمفروض أن عقوبة القتل مقررة للجرائم الخطيرة..

الشاوى رأينا فى "تعليق-٥٤-": نؤيد ماقرره من أنه لا يجوز أن يصل التعزير إلى مرتبة الحد في الجلد والضرب، وأن المبدأ العام هو أن التعزير يكون بأي إجراء يرى المجتهدون أنه يحقق مقصد الشريعة من تشريع التعازير دون حاجة للبحث عن نص بذلك ...

الصدر تعليق "رقم-٥٥-": أي منع من وصول التعزير إلى مرتبة الحد ...

الشاوى رأينا فى "تعليق-٥٥-": راجع رأينا السابق رقم -٥٤- ...

الصدر تعليق "رقم-٥٦-": مر آنفا المراد من هذا الحديث ...

الصدر تعليق "رقم-٥٧-": في ظرف اجتماعها على حق ...

الشاوى رأينا فى "تعليقى-٥٦-، -٥٧-": يشترط أن تكون الأمة مجمعة على الحق ليعاقب من يخرج على وحدتها بالقتل ...

---

(١) راجع الفقرة : ٤٨١ ...

(٢) راجع الفقرتين : ٤٨٢، ٤٨٦ ...

(٣) راجع الفقرة : ٤٨٠ ...

عوده خامسا: الغرامة والتشهير والنفي: ومصدر هذه العقوبات الإجماع -٥٨-

والإجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنة(١) ...

وظاهر لما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع، ومن ثمّ فهي عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لاشك فيها(٢) ...

وفي الوقت الذي حدد فيه النصوص وفعل الرسول وإجماع الأمة أنواع العقوبات التعزيرية، انعقد الاجتماع على أن يترك للقاضي اختيار العقوبة الملائمة وتقديرها، كما ترك له أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها ...

المصدر تعليق "رقم-٥٨-": ويدل على الغرامة أيضا الحديث المشهور: من أتلف مال الغير فهو له ضامن ...

ويدل على التشهير حين إقامة حد الزنا قوله ﷻ: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ [النور:٢]..

ويدل على نفي الزاني الشاب الحدث، الخبر المروي عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال: إذا زنى الشاب الحدث السن جلد وحلق ونفي سنة عن مصره ...

الشاوي رأينا في "تعليق-٥٨-": يورد نصوصا من القرآن أو السنة تجيز عقوبات الغرامة والتشهير والنفي، ولا يكتفي بالإجماع الذي استند إليه فقيهنا، والذي يعتقد أن الجعفرية لا تَعُدُّه مصدرا مستقلا للتشريع ... ويراجع رأينا في تعليقه رقم (٥٤) فيما سبق ...

كما أن الحديث الذي أوجب ضمان المال الذي أتلف لا محل للاستشهاد به على عقوبة الغرامة لأن الضمان تعويض مدني وليس غرامة جنائية ...

---

(١) راجع الفقرات: ٤٨٥، ٤٩١، ٤٩٣ ...

(٢) تكلمنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكنا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية في كتاب العقوبة.

كل ما ذكره عن أنواع العقوبات التعزيرية التى أشارت لها النصوص التشريعية لا يكفى فى نظرنا للقول بأننا التزمنا بتطبيق مبدأ إنه لا عقوبة إلا بنص – بل لابد من أن يتم اختيار العقوبة لكل جريمة مع بيان الحدين الأقصى والأدنى لها، فى نصوص فقهية مقننة ومعلنة، وذلك قبل وقوع الجريمة. وهذا هو موضوع التقنين .

إنه يَعُدّ ما قرره الشريعة بشأن المعاصى كافيا للقول بأنها حددت الجرائم – وهذا فيه تجَوُّز – لأن المشرع قد فوض لاجتهاد الأمة أن تحدد جرائم التعازير، وهذا التفويض يلزم الأمة بهذه المهمة؛ فهى المسئولة عن القيام بها بواسطة من تختارهم من أولى الأمر من الفقهاء وأهل الذكر....

ونحن نريد أن نذكر القارئ بأن كلمة التعزير فى فقهنا لا يجوز أن تُعَدّ مرادفة للعقوبة الجنائية – بل هى أوسع من ذلك نطاقا – لأن المقصود بها هو التهذيب والتأديب والتربية، وتشمل ما يدخل فى نطاق العقوبة الجنائية وإلى جانب ذلك تشمل التدابير التعبدية والاجتماعية التى لا يجوز وصفها بأنها عقوبة جنائية، ولذلك لا نوافق على تسويته بين "الوعظ" الذى هو مجرد النصح والتحذير والتذكير بالجزاء الأخروى؛ وبين الجلد أو الضرب .

كذلك ما يسميه "الهجر فى المضاجع" لا يصح فى نظرنا وصفه بأنه "عقوبة جنائية"... وما يسميه التوبيخ والتأنيب .

إن وصف هذه الجزاءات بأنها "تعزير" لا يعنى عَدَّها عقوبات جنائية؛ لأن التعزير له مضمون اجتماعى وتأديبى وتربوى لا يجوز تجاهله اكتفاء بوصف هذه الإجراءات بأنها عقوبات ونسبة ذلك إلى "الإجماع" .

لقد لاحظنا أن دراسة القوانين الوضعية والفقه العصرى قد أفادته فى الاتجاه إلى استعمال المصطلحات أو التبويب العصرى فى دراسته – ولكننا هنا نرى أن هذه الدراسة العصرية قد استدرجته إلى وصف التعازير بأنها عقوبات وهى ليست كذلك دائما فى فقهنا، وإن كانت العقوبات جزءا منها؛ فإنها ليست كلها من هذا النوع.

إننا أقر بأن السلطة الواسعة التى منحتها الشريعة للقاضى قُصِد بها تمكينه من علاج "المجرم والجريمة"، ونحن نضيف أن العلاج لا ينحصر فى "العقوبات الجنائية" بل يشمل تدابير فردية واجتماعية وتعبدية لا يجوز فى نظرنا وصفها بأنها عقوبات مجرد أنها تؤدى وظيفة الإصلاح والعلاج التى شُرِع التعزير من أجلها وإذا كانت القوانين الوضعية التى طالما

التقنين يحسن أن يميز بين التعازير التي تعد عقوبة جنائية وتلك التي تكون تدابير وقائية:

ذكرنا بأنها تختلف عن شريعتنا في مصدرها ومقاصدها ومحتواها وفلسفتها إنما نتكلم عن "العقوبـات" وحدها فلا يجوز لنا أن نقيس أقوال فقهائنا ولا أحكام شريعتنا على تلك الأقوال والقوانين ولا استخدام تسمية التعازير على أنها "عقوبات" دائما.

إن هذه الملاحظة لها أثرها عند "التقنين"، لأنه إذا أردنا سد الباب أمام طوفان القوانين "الوضعية" فلا بأس من أن يكون التقنين محصورا في نطاق التشريع الجنائى العقابى، وأن يُوصف بأنه تقنين العقوبات. ولكن ليس معنى ذلك وصفه بأنه تقنين للتعازير، ولا يجوز إدخال جميع التعازير في نطاق هذا التشريع لأنها أوسع من ذلك بكثير. وأكثرها إجراءات تعبدية وتربوية وأخلاقية واجتماعية لا يصح وصفها بأنها "عقوبات جنائية".

ثم إن القوانين الوضعية ذاتها قد اضطرت إلى الاعتراف بما يسمى "تدابير وقائية" أو "التدابير الاحترازية" وعَدَّتها خارجة عن نطاق "العقوبات الجنائية". وما يقرره فقهنا من تدابير تعبدية أو أخلاقية توجه الفرد نحو التوبة والاستقامة يمكن أن تدخل ضمن هذه التدابير الوقائية، لكنها لا يصح في نظرنا أن تسمى عقوبات وإن كانت جزءا من "التعازير".

على أن التقنين يمكن-بل يجب في نظرنا-أن يتضمن نصوصا بشأن تدابير الوقاية التي تقيد حريات الأفراد أو حقوقهم، وما عدا ذلك ينص على حق القاضى في الأمر به مع تحديد شروط ذلك في تقنين خاص للتعازير الوقائية يميزها عن التعازير العقابية.

* * *

إننا نخشى أن تكون بعض الأحاديث التي أوردها غير موثقة؛ مثال ذلك أن فقهينا أورد حديثـا عـن السوط في المنزل دون أن يشير إلى ما يعيننا على إبداء الرأى في صحـة روايته؛ ولذلك لا نستطيع أن نَعُدّه نصّا قطعيّا، وليس هناك ما يدل على أن الاحتفاظ بالسوط مقصود به استعماله لتأديب الزوجة أو الأولاد أو أن له علاقة بما يسمـى حق الزوج في التأديب بل يمكن أن يكون الغرض منه هو تطمينهم إلى أن رئيس الأسرة مستعد للدفاع عن حرمة بيته وأهله ... ضد كل عدوان من الخارج. كمـا أنـه لم يقدم دليلا على صحة الرواية التي تنسب إلى الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه صلب رجلا حيا، ولذلك لا يمكن أن نعتمدها .

ونحـن نرى أن تحديد التدابير أو الجزاءات التي يحكم بها تعزيرا في كل معصية هو من اختصاص أهل الاجتهاد الذين لهم ولاية تحديد التعازير وعقوبات كل منها، على أن يلتزم قضاة عصرنا بما ينص عليه التقنين الشرعى لأنهم مقلدون وليسوا مجتهدين .

 : وظاهر لما سبق أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديدا دقيقا بحيث لا يستطيع القاضي أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير، ولا أن يخرج على حدودها ...

وإذا كانت هذه هى شهادة النصوص الصريحة، وشهادة الواقع الملموس، فإن القول بأن للقاضي سلطة تحكمية في جرائم التعزير هو قول لا أساس له، ولا نكون مغالين إذن إذا قلنا : إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم. فالحقيقة التي لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوتي حظًا من الاطلاع على نصوص الشريعة، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم يعلم حق العلم أن القاضي ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية في تعيين الجرائم والعقوبات، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة، وأن سلطة القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه، فإن انطبق وقع على الجاني العقوبة، ولكن الشريعة أعطت القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة، وجعلت له أن ينظر في اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه، ودرجة تأثره بالعقوبة، كما ينظر إلى الجريمة وأثرها في الجماعة، وجعلت للقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى، أو ينزل بها إلى حدها الأدنى، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده فينذره بأن لا يعود لمثل ما فعل، وله أن يعاقب بأشد من ذلك بحبس أو بغرامة، وله أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها ...

هذه هى سلطة القاضي في الشريعة، وهى ليست سلطة تحكمية، وإنما هى سلطة أعطيها ليتمكن من علاج المجرم والجريمة، وهى سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء قصد منها تمكين القاضي من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما. وإنها لسلطة قمينة أن تحقق العدل، وترفع الحرج وتضع الأمور في مواضعها، وتعاقب كلا بما يستحقه ...

وهذه الطريقة التي ابتكرتها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا لمعالجة جرائم التعزير هى الطريقة التي اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيرا، فهى تنحو نحو توسيع سلطان القضاء في اختيار العقوبة الملائمة للمجرم وللجريمة وتقدير هذه العقوبة، فتجعل للقاضي أن يختار في الغالب بين عقوبتين، أو يوقعهما معا، وأن يرتفع بالعقوبة إلى

عوده حدهــا الأعلى، أو يترل بها إلى الحد الأدنى، وتجعل للقاضي أيضا أن يوقـف تـنفيذ العقوبة أو يمضيها بشروط معينة. ولكن سلطة القاضي في القوانين الوضـعية لا تـزال أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة الإسلامية، وكثيرا مـا يتعرض الأول للحرج حيث يجد نفسه عاجزا عن توقيع العقوبة التي تتلاءم مع الحالـة المعروضة عليه. ولقد كان هذا سببا دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطان القاضي، واقترح بعضهم حلاّ للمشكلة ألاّ ينص القانون على عقوبـة لكل جريمة بذاتها بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها، ثم تعين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجاني. وهذه الطريقة التي يقترحها بعض علماء القانون هي نفس الطريقة التي تسير عليها الشريعة في جرائم التعزير ...

ما زلنا على رأينا بأنه لا يجوز الخلط بين النصوص الشرعية المقررة للمعاصى والنصوص الاجتهادية التى يجب أن تحدد الجرائم كل منها على حدة، وعقوبة كل منها، وهذا هو ما نسميه واجب الأمة وممثليها فى الاجتهاد لتقنين التعازير.
مع ملاحظة ما أشرنا إليه بأننا لا نوافق على قياس التعازير جميعها على "العقوبات الجنائية" لأنها تشمل تدابير وقائية ذات طبيعة تأديبية وتربوية وتعبدية هى أفضل من العقوبة فى منع الجرائم والوقاية منها، وليس من الجائز إدخالها ضمن "العقوبات الجنائية" لأن ذلك يشوه صورتها ويحيل دون تحقيق أهدافها التربوية والاجتماعية والسلوكية.
إن ما ذهب إليه فقهيها من وجود نصوص تبين الأفعال المعدودة معاصى، ونصوص أخرى تشير إلى أنواع التعازير لم يعد كافيا فى عصرنا ولا فى المستقبل لتطبيق مبدإ الشرعية فى نظرنا، بل لابد من تقنين فقهى واضح يتضمن نصّا خاصّا يبين كل جريمة على حدة وعقوبتها؛ حتى يصح قوله بأن الشريعة عينت (بواسطة الاجتهاد) الجرائم التعزيرية وحددت العقوبات أو الجزاءات تحديدا دقيقا[1].
إن دور الاجتهاد فى إعداد التقنين السابق على وقوع الفعل ضرورى حتى لا يكون للقاضى سلطة تحكمية فى التجريم بعد وقوع الفعل وثبوت ارتكابه، لأن قضاتنا لم يعودوا مجتهدين ولا مانع بعد ذلك من توسيع سلطتهم فى وقف التنفيذ أو تخفيف العقوبات.. ثم إنه يكفى لتوسيع سلطة القاضى فى هذا العصر توسيع المسافة بين الحد الأقصى والحد الأدنى فى عقوبة كل جريمة ومبدإ حق القضاة فى تقدير الظروف المخففة وسلطتهم فى وقف التنفيذ.
إن فقهاءنا الذين بدءوا بتأكيد سلطة القاضى فى تحديد جرائم التعازير وعقوباتها كانوا منطقيين لأنهم كانوا يشترطون فى القاضى أن يكون مجتهدا، ونحن نسلم الآن بأن القضاة غير مجتهدين؛ بل إن علم بعضهم بالشريعة محدود، فلا يصح أن نواصل ترديد أقوال فقهائنا السابقين ونضع على عاتقهم تحديد الجرائم من بين المعاصى الشرعية أو إطلاق سلطتهم فى اختيار الجزاءات المناسبة.
كما يجب أن نراعى أن هدف فقهائنا من تأكيد سلطة القضاة وتوسيعها فى هذا الصدد كان دائما هو استبعاد تدخل السلاطين وأشباههم، ويكفى لذلك فى عصرنا حصر ولاية التقنين فى المجتهدين – وهذا مبدأ نحرص عليه ونؤكده وندعو للالتزام به

[1] يؤكد ذلك ما ذكره فى نهاية البند (176) من أنه فى مجال الجرائم والعقوبات لابد فيها من نص صريح.

❁ مرونة التعازير واتساعها تكسب فقهنا حيوية وقابلية للتطور :

عند الإشارة إلى اختصاص أولياء الأمر بتحديد جرائم التعازير وذلك بأن نشير إلى أن المقصود مهم فى هذا المقام هم المجتهدون لا السلاطين ولا من يتولون السلطات التنفيذية أو يرأسونها ....

إن نظرية التعازير هى خير دليل على تقدم الشريعة وتفوقها على النظم الوضعية لأنها سبقت القوانين الحديثة إلى إعطاء أحكامها أكبر قدر من المرونة عن طريق عدّ الاجتهاد مصدراً للتشريع بعد الكتاب والسنة، كذلك تقرر أكبر قدر من توسيع سلطة القضاء كما أشار لذلك وأكده، حيث قال إن كثيرين من علماء القوانين الحديثة يطالبون الآن بتوسيع سلطة القاضى وذلك ليختار الجزاء المناسب لإصلاح حال كل مجرم مراعيا فى ذلك تلاؤمها مع ظروفه وظروف الفعل الذى ارتكبه – وبذلك تكون العقوبات والجزاءات الجنائية أداة إصلاح وتأديب أكثر لما هى وسيلة زجر أو انتقام؛ ولفظ "التعزير" يشير بذاته لذلك لأن معناه التأديب والتهذيب .

كذلك فإن ما سارت عليه القوانين الوضعية من النص على عقوبة محددة فى حدود نصوص جامدة تصدرها الدولة، وتكون ملزمة للقاضى (والفقيه)، ينتقده كثيرون الآن لأنه يؤدى إلى جمود تلك النصوص وعدم مرونتها. أما إذا كانت النصوص التعزيرية من جانب الفقهاء والقضاة، فإن تطويرها وتعديلها يكون أسهل من تعديل النصوص الصادرة عن سلطات الدولة .

لذلك فإن حرصنا على أن يتولى المجتهدون من الفقهاء والقضاة مهمة تقنين التعازير ضرورى للاستفادة مما تميزت به شريعتنا من مرونة وتوسيع لولاية الاجتهاد ولسلطة القضاء؛ الأمر الذى تحاول التقنينات الوضعية الآن أن تتجه إليه بواسطة إضافة قواعد الظروف المخففة وإيقاف التنفيذ وما يسمى "فترة الاختبار"[1]؛ بل وصلوا إلى ما يسمى الآن بتدابير الوقاية التى تمكن القضاة من تجاوز جمود النصوص الوضعية ... ومراعاة مصلحة المتهمين والمصلحة العامة فى نفس الوقت .

بل إن القوانين الوضعية تسعى لكسر الحاجز الذى يفصل بين نصوص قوانين العقوبات وأحكام الإجراءات الجنائية، وذلك بالتوسع فى الأخذ بنظام المحلفين الذى يقصد به علاج المساوئ التى تنتج عن المحاكمات الهيئات التى تتولى التحقيقات الأولية، وتوسيع البعض فى سلطتها فى جمع الأدلة حتى وصل فى كثير من الأحيان إلى حد استعمال

---

(1) Probation

أجهزة الأمن ووسائل التعذيب والإكراه بل ومساهمة "مرشدين" من العملاء المأجورين للأجهزة الأمنية باصطناع الجرائم أو الأدلة أو التحريض عليها والمشاركة في ارتكابها[1] للإيقاع بمن تشتبه تلك الأجهزة في ميوله الإجرامية، وهذا هو ما يعرف في دوائر القضاء "بالتحريض البوليسى" ... الذى يستخدمونه بحجة الرغبة في ضبط المتهمين متلبسين بالجريمة وعقابهم عليها - وإن كان الهدف في الغالب هو الإيقاع بمن تتشكك السلطة في ولائهم لها - فيستبيحون لأنفسهم أن يحرضوهم على أفعال معينة أو يساعدوهم أو يدفعوا عملاء لهم ليشاركوهم فيها أو يستدرجوهم لها، وبعد ضبطهم متلبسين يختفى المرشد البوليسى المحرض أو المساعد بل الشريك أو الفاعل في الجريمة، والذى ربما يتحمل النصيب الأكبر في المسئولية عنها وتكون العقوبة من نصيب غيره. ومعنى ذلك أنهم يستبيحون لأنفسهم التحريض على الجريمة والمشاركة فيها زاعمين أن هذه أحسن الوسائل للدفع من يعتقدون أنهم يميلون للإجرام إلى السجون، وهذه في نظرهم وسيلتهم لمنع الجريمة، بدلا من أساليب الوقاية والوعظ والإرشاد والتهذيب والإصلاح .

إن شـــريعتنا لا تجيز ذلك بحجة مقاومة الجرائم، وتوجب علاج عيوب المجتمع التي تـــؤدى إلى وجود الجرائم وإغراء الناس عليها أو اضطرارهم لها ... وهذا هو ما كان يدخلـــه فقهـــاؤنا في نطاق التعزير ... فإذا كان يكفى الوعظ أو التوبيخ أو التأنيب أو التغريـــب أو التهديد لمنع الناس من السير نحو الإجرام أو ارتكاب الجرائم فإن القاضى الشـــرعى يجـــب عليه أن يستعمل هذه التدابير بدلا من السجن وما يجره من مساوئ وآلام ومفاسد .

وأكثر من ذلك فإن فقهنا يحرص في كل مناسبة على تحريم التجسس أو التعذيب بجميـــع أنواعـــه كوسيلة لكشف الجرائم أو الحصول على أدلة، ويَعُدّون ذلك سببا للبطلان، بل ولعقاب من سلك هذا المسلك المحرم الشائن .

(1) يكفـــى الإشـــارة إلى الضجـــة التي قامت في الولايات المتحدة بسبب الإجراءات المتحيزة التي استخدمتها هيـــئات التحقـــيق والاتهام في بعض القضايا - وبخاصة قضية اللاعب سمبسون الشهيرة - فضلا عن قضية الانفجـــار في مبـــنى المعـــرض الدولى في نيويورك ... وظاهر من الموازنة بين القضيتين أن نظام المحلفين ذاته معرَّض للانحراف لصالح بعض المتهمين أو ضدهم ....

القسم الثاني
في التعزير للمصلحة العامة

عوده ١٠٦ـ في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة: القاعدة العامة في الشريعة أن التعزير لا يكون إلا في معصية، أي في فعل محرم لذاته -٥٩- منصوص على تحريمه، ولكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير (وقائيًا) في غير معصية، أي فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير.[1] والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها مقدمًا؛ لأنها ليست محرمة لذاتها، وإنما تحرم لوصفها؛ فإن توافر فيها الوصف فهي محرمة، وإن تخلف عنها الوصف فهي مباحة. والوصف الذي جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام، فإذا توافر هذا، الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب، وإذا تخلف الوصف فلا عقاب. وعلى هذا، يشترط في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجاني أحد أمرين:

١ – انه ارتكب فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام...

٢ – أنه أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام...

فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنه أتى فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام، أو أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام، وثبت لدى المحكمة صحة ما نسب إلى المتهم، لم يكن للقاضي أن يبرئه، وإنما عليه أن يعاقب على ما نسب إليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير، ولو كان ما نسب إلى الجاني غير محرم في الأصل ولا عقاب عليه لذاته...

ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله ﷺ حبس رجلا اتهم بسرقة بعير، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى رسول الله سبيله.[2]

الصدر تعليق "رقم-٥٩-": لا فرق في المحرم الذي يستحق فاعله التعزير بين أن تكون حرمته ذاتية أو ليست بذاتية ...

---

(١) نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨، ١٩، الإقناع ص/٢٦٩ ج/٤، ابن عابدين ج/٣ ص/٢٥١، ص/٢٥٩، تبصرة الأحكام جزء ثان ص/٢٦ ...

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص / ١١٧ .

عوده

ووجـــه الاستـــدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية، والعقوبة لا تكون إلا عن جـــريمة وبعد ثبوتها. فإذا كان الرسول قد حبس الرجل بمجرد الاتهام، فمعنى ذلك أنه عاقـــبه علـــى التهمة، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهـــام ولـــو لم يأت فعلا محرما. وهذا العقاب الذي فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامـــة، ويـــبرره الحرص على النظام العام؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نســـب إليه يؤدي إلى هربه، وقد يؤدي إلى صدور حكم غير صحيح عليه، أو يؤدي إلى عـــدم تـــنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام...

ويستدل الفقهاء أيضا على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضي الله عنه بنصر بن حجاج، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول: هل من سبيل إلى خمـــر فأشربها، أم من سبيل إلى نصر بن حجاج؟ فغدا عمر نصر بن حجاج، فوجده شابا حســـن الصـــورة فحـــلق رأسه فازداد جمالا فنفاه إلى البصرة، خشية أن يفتتن النساء بجمالـــه،-٦٠- مـــع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلا محرما. ووجه الاستدلال أن النفي عقـــوبة تعزيـــرية وعقـــبها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصـــالح الجماعة مع أن جماله هو الذي أوجده في هذه الحالة، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام...

الصدر تعـــليق "رقم-٦٠-": اي مصلحة يا ترى في نفيه إلى البصرة؟ وإذا خاف الخليفة من افتتان نساء المدينة به، فلماذا يا ترى لم يخف من افتتان نساء أهل البصرة؟ وأي فرق بين البلدين يا ليت شعري؟!..

الشاوى رايـــنا فى "تعليق-٦٠-": نعتقد أن الأصح هو عَدّ هذا النفي تدبيرا وقائيا، وأن الأمر به مسألة تقديـــرية قد تختلف فيها الآراء، لكن الضمانة الأساسية فيها هى نزاهة من يأمر بها، وأنه لم يقصد بها إلا مصلحة عامة يقدرها، وليست لغرض شخصي ...

<عوده> ومــن أمثــلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهــارة، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تَعُدّها الشريعة جرائم، مع أن هذه الأفعال لا تُعَدّ جرائم في حق الصبيان غير المميزين؛ لأنهم ليسوا أهلاً للتكليف، فلا يُعَدّ إقدامهم على هذه الأفعال عصيانا، ولا تُعَدّ أفعالهم معاصي،(1) ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة...

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم، وحبس من شهر بأذاه الناس ولو لم يقم عليه دليل أنه أتى فعلا معينا...

ونظرية التعزير للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أي إجراء لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامهــا مــن الأشخـــاص المشبوهين والخطرين، ومعتادي الإجرام وعتاة الانقلابات والفــتن، والنــظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة التي تقتضي بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف...

(1) نهايــة المحتاج ج/8 ص/18، الإقناع ج/4 ص/269، 273، بدائع الصنائع الجزء السابع ص/64، يرى البعض اعتبار الفعل معصية بذاته...

الاجتهاد لتكون فى إطار النظريات التشريعية :

لقد توسع فقهينا فى الكلام عن جواز التعزير للمصلحة العامة[1] خارج نطاق المعاصى الشرعية، ونعتقد أنه أراد بهذا التوسع أن يفتح الباب لدراسة كثير من النصوص المستحدثة فى قوانين العقوبات الوضعية وإدماجها فى التقنينات الشرعية كما هو واضح من الأمثلة التى ذكرها فى نهاية البند .

ويظهر أنه خشى من سوء استغلال عبارة المصلحة العامة، فعاد يضع كثيرا من الضمانات حتى لا يكون هذا التوسع على حساب مبادئ الشريعة وقيم الإسلامية[2]، وهذا يؤيد قولنا بأنها يجب أن تكون فى إطار "النظريات التشريعية" وعلى أساسها .

نلاحظ أن كلامه عن التعزير على المخالفات التى لاتصل إلى حد المحرمات أو المعاصى[3] يفتح الباب لما يسمى فى الفقه المعاصر بتدابير الوقاية، بل نعتقد أن هذه التدابير الوقائية تكفى دون حاجة لفتح الباب للحكومات لكى تفرض ما تريد من عقوبات على من تخشى معارضتهم بحجة المصلحة العامة التى يقدرونها هم بحسب ما يرونه ضروريًّا لاستمرار سلطتهم واحتكارهم لها .

والأمثلة التى ذكرها لتدل على جواز "التعزير" فى غير معصية – تشير إلى ما يُعَدُّ فى عصرنا إجراءات غير عقابية مثل "الحبس الاحتياطى" كإجراء من إجراءات التحقيق أو ما تجيزه النظريات الحديثة باسم "التدابير الوقائية" أو الإجراءات الإصلاحية لتربية غير المكلفين (من الصبيان) أو حماية المصابين بأمراض عقلية كتدابير وقائى لصالحهم ولصالح غيرهم .

(1) بند (106) وما بعده – وقد واصل ذلك الاتجاه فى البند (111) وما بعده عند مقارنته بين الشريعة والقوانين الوضعية وكذلك البند (133) وما بعده .

(2) بند (108) وما بعده .

(3) بند (110) .

نفضل حسبان التعازير خارج نطاق المعاصي ضمن تدابير الوقاية، لتكون خاضعة لشروطها وأولها اختصاص القضاء وحده. بتطبيقها:

ونحن لا نوافق على تسمية تلك التدابير بأنها "عقوبات تعزيرية" ولا نَعُدها عقوبات - صحيح أنها تعازير - وإنما تدخل هذه التعازير فى نطاق التدابير أو "الإجراءات" الوقائية والتربوية من أنواع مختلفة أشرنا إليها.

وميزة الفقه الإسلامى أنه اشترط لذلك شرطين:

1- أن تكون المصلحة العامة هى التى تستوجب مثل تلك الإجراءات.

2- أن الذى يأمر بها ويقدر "المصلحة العامة" هو القاضى أى المجتهد فى نظرنا. فلا يصح أن تقررها الجهات الإدارية لأنها غالبا لا تتوخى فيها مصلحة الجماعة، وإنما تستخدمها لصالح الفئة المسيطرة أو المتغلبة، وخاصة إذا كانت قد استولت على السلطة بغير شورى أو بغير حق ... ورأينا أن مثل هذه الإجراءات يجب أن توضع لها أحكام وشروط ينص عليها صراحة فى "التقنين الشرعى" للتشجيع على التوبة والاستقامة مع تمييزها عن "العقوبات" حتى لا يسىء استعمالها ولا تستعمل لغير أغراضها الشرعية.

الأمثلة التى ذكرها تؤكد ملاحظتنا السابقة بأن "التعازير" لا تنحصر فى نطاق "العقوبات الجنائية" ولا يجوز إهمال الجانب التربوى والاجتماعى والوقائى الذى شرعت من أجله، والذى يبرر تطبيق التعازير خارج نطاق المعاصى إذا اقتضى الأمر ذلك فى نظر أهل الاجتهاد، لا أهل السلطة، وبذلك يستقيم المبدأ الذى نرجحه وهو أن العقوبات الجنائية فى الأصل لا يمكن تقريرها إلا على مرتكبى المعاصى - أما ما يخرج عن هذا النطاق فهو تدبير وقائى لا داعى لوصفه بأنه عقوبة على الإطلاق ولو سمى تعزيرا لأن هذا الاصطلاح الشرعى ليس مقصورا على العقوبات الجنائية.

ثم إننا لا نكتفى بشرط المصلحة العامة، ونرى أنه يجب أن تكون فى إطار الأصول الشرعية التى نسميها "النظريات التشريعية" المبنية على المقاصد السامية لشريعتنا لأنها هى القواعد الثابتة للمجتمع الصالح الذى تريده الشريعة. ولهذا السبب، فإن الذى له الحق فى تقدير وجود المصلحة العامة هم أهل الاجتهاد لكى يربطوا بينها وبين النظريات التشريعية كما بينا من قبل، ويتولوا وضع أحكام خاصة بتدابير الوقاية تبين الحالات التى تميزها وتقصر تطبيقها على القضاء.

عوده

١٠٧ـ *سلطة القاضي في التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية* : قلنا إن الحالات التي يعزر فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها، وإن القاضي ليس له أن يحكم بالعقوبة في الحالة التي تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة، فإن لم تكن كذلك قضي بالبراءة، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير. فسلطة القاضي إذن ليست مطلقة ولا تحكمية، وإنما هي مقيدة بقيود بينتها الشريعة وأوجبت توافرها. وسلطة القاضي هنا لا تزيد شيئا عن سلطته في جرائم التعزير المنصوص على تحريمها، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة إنها سلطة واسعة أعطيت للقاضي ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والمجرم، -٦١- ولم تعط إليه ليخلق الجرائم وينشئ العقوبات. ومهما وسَّعت الشريعة من سلطة القاضي، فإنها لم تخرج عن قاعدها العامة التي تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة، وإن طبقتها على وجه خاص في حالة التعزير للمصلحة العامة ...

ويخطئ خطأ جسيما من يظن أن القاضي له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماسا بالنظام العام أو صالح الجماعة؛ لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة أو الفعل ماسا بالصالح العام أو النظام العام، وهذا في ذاته تحديد للجريمة، ونص صريح على أن كل إنسان أتى فعلا يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة، أو وجد في حالة تؤذي المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصي، والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعين بوصفه ...

الصدر | تعليق "رقم-٦١-": مر آنفا أن للحاكم إنزال العقوبة وإن لم تثبت الجريمة كما في سجن رسول الله ﷺ لمن اتهم بالسرقة وليس هذا من التعزير، إذ لا تعزير (عقابي) إلا على جريمة، وإنما هو عقوبة تقتضيها المصلحة العامة؛ لأن عدم سجنه ما لم تثبت الجريمة عليه قد يضر بالمصلحة وبالمجتمع، والمصلحة العامة أولى بالاهتمام من المصلحة الخاصة ...

الشاوى | رأينا فى "تعليق-٦١-": يخلط السيد الصدر بين العقوبة والتدابير الاحترازية، وهى من أهم مجالات التعزير، وكان أولى به أن يلاحظ أن المثال الذي أورده من أن رسول الله قد أمر بحبس من اتهم بالسرقة قبل ثبوتها هو نوع من التعزير الوقائي. والقول بأنه لا تعزير (عقابي) إلا على جريمة لا نوافق عليه إلا إذا كان التعزير عقابيا. وهناك القول بأن ثَمَّ نوعا رابعا من العقوبات (المقصود به تدابير الوقاية) تخرج من نطاق التعزير (العقابي) والحدود والقصاص؛ بشرط ألا يأمر بها إلا القضاء؛ لأن القول بغير ذلك يفتح بابا للتعسف تتنزه عنه شريعتنا وقد عاد للإشارة لذلك في التعليقين رقم-٦٤- و-٦٧- فيما بعد ...

إن مبـــدأ اختصاص القضاء بالتدابير الاستثنائية التي تقيد حريات الأفراد، والتي يمكـــن وصفها بأنها تعازير دون أن تكون عقوبات جنائية، هو مثال آخر لما تراعيه الشريعة من توسيع سلطة القضاء؛ لأن الهدف من هذا المبدإ هو تضييق نطاق عمل السلطـــات الإدارية والتنفيذية وتوسيع اختصاص القضاة المجتهدين، وقد أحسن بعَدِّه ذلك ميزة سبقت بها الشريعة غيرها من النظم الوضعية .

ولاشـــك في أن استقلال القضاء وعدم خضوعه لأهواء الأمراء والسلاطين هو أكبر ضمانة لشرعية تلك التدابير؛ وهو مبدأ أساسى في شريعتنا وديننا لأنه ناتج عن أن الشريـــعة الإلهية (وما تقرره من عقوبات أو تدابير مقيدة للحريات) مستقلة عن سلطات الدولة التنفيذية مهيمنة عليها وعلى من يمارسون سلطاتها .

لقد بذل فقهاؤنا أقصى جهدهم لحماية مبدإ استقلال الشريعة (فقهها وقضاء) عن الـــدول وســـلطاتها،وكان لهذا الاتجاه أثره الواضح في نظرية التعازير وأحكامها التي تقوم على أن القضاء فرع من الشريعة وجزء منها وليس فرعا من السلطات التنفيذية في الدولة ورؤسائها وحكامها لأنه يشترط فيمن يتولونها صفة الاجتهاد .

فالأصـــل أن مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يطبق على جميع الجرائم بما في ذلـــك التعازير بل هو الركن الشرعي في كل جريمة – وهو أول أركان الجريمة كما عرضـــها الفقيه الشهيد في القسم العام[1] . ومعنى ذلك أنه إذا كان العقاب الجنائي واجـــبا؛ فإنـــه يجـــب أن يوجد نص اجتهادى مقنن يحدد الفعل المكون لكل جريمة والعقوبة المقررة لها – أى تقنينها قبل ارتكابها .

إن فقهاءنـــا قـــد اتفقوا على أن السلاطين والرؤساء الذين يتولون السلطة التنفيذية في نظرهم لا يجوز أن يمارسوا مسئولية التشريع ولا القضاء طالما أنهم ليسوا مجتهدين[2]، ولذلك نستبعد قيامهم بعملية تقنين أحكام الشريعة– وبخاصة أحكام الجرائم والعقوبات التي يقتضى استنباط أحكامها من اختصاص المجتهدين أو أهل الاجتهاد سواء كانوا فقهاء أو قضاة .

---

(1) البند (51–52) ثم البنود (84) وما بعدها .

(2) توسعنا في كتابنا " فقه الشورى " في بيان أن إصرار الفقه على اشتراط الاجتهاد في المرشحين للخلافة قُصد به عدم الاعتراف بالشرعية للسلاطين (الذين لا تتوافر فيهم شروط الأهلية للاجتهاد). تراجع البنود (93) وما بعده وقبله البند (36) من كتابنا "فقه الشورى" .

بهذه الصفة بجرية كاملة :

ومعنى ذلك أنهم عندما يقررون أن الشريعة تعطي لأولياء الأمر الحق في التعازير؛ فإنهم لم يقصدوا بذلك الاعتراف للسلاطين أو الأمراء أو رؤساء الدول بهذا الحق ولذلك قالوا بأن القضاة هم الذين يتولون ذلك باعتبارهم مجتهدين ... لأنهم هم أولياء الأمر في هذا المجال، وهذا هو ما يسير عليه القانون الإنجليزي، حيث تكون السوابق القضائية هي المصادر التشريعية الملزمة فيما يسمى القانون العام – Common Law.

لكن لا يعني ذلك عدم وجوب التقنين، وإنما يجب أن يقوم به من لهم صفة الاجتهاد أي الفقهاء والقضاة، لا سواهم (من لا يعرفون أصول الشريعة ومبادئها العامة التي تحدد المعاصي وتضع قواعد التحليل والتحريم)؛ ولو كانوا هم ممثلي الدولة ورؤساءها من السلاطين والحكام وأعوانهم .

إننا عندما ندعو لوضع تقنينات شرعية – للتعازير أو غيرها لا نقر إعفاء الفقهاء والقضاة المجتهدين من هذه المسئولية، ولا نوافق على إعطائها لمن يمارسون سلطات الدولة أو يحكمونها من السلاطين والرؤساء أو زعماء الأحزاب والهيئات السياسية؛ بل ونرى فضلا عن ذلك المجالس النيابية التي تضم أهل الحل والعقد في الشئون السياسية صحيح أنهم يمثلون إرادة الشعب فعلا في المجال السياسي لكننا نرى أن العامة والجماهير يجب أن تختار مجلسا علميًّا خاصًّا للاجتهاد يضم رجال الفقه (بأغلبية معقولة) يدخل ضمنهم ممثلو القضاء كمؤسسة يرأسها قاضي القضاة (محكمة النقض حاليا)، ومعهم أهل الذكر من الخبراء والاختصاصيين – وتكون مهمتهم علمية اجتهادية بحتة[1] لاستنباط الأحكام الشرعية أو اختيار ما يقلدونه من الآراء المختلفة في المذاهب الفقهية المتعددة. ونرى أن يكون قرارهم مجرد فتوى علمية يقوم أهل الحل والعقد الذين يضمهم مجلس الشعب بإصدارها أو إقرارها – وله ذلك وحده أو منضما إلى مجلس الاجتهاد حسبما يقرره الشعب ذاته في الدستور الذي يقره ....

إن كل هذه الضمانات تؤيد رأينا بأن التعزير للمصلحة العامة يجب أن يكون في إطار النظريات التشريعية كما قدمنا .

(1) تراجع مقترحاتنا العملية للفصل العضوي بين هيئة الاجتهاد والمجلس السياسي في كتابنا "فقه الشورى" البند (97).

عوده ١٠٨ لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير:

فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، وإنما تساهلت فى تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت فى تطبيقها على جرائم التعزير العادية (العقابية). فبدلا من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، وبدلا من أن تنص على الفعل المحرم وتعينه ثم تترك للقاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير، جاءت بدلا من هذا كله تقرر أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير..

ونستطيع أن نتبين فيما يلي الطرائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق قاعدة ألّا عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق:

أولا : من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة، وعينته تعيينا لاشك فيه في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية وفي جرائم التعازير العادية (العقابية)، فهو جريمة في أي وقت، وفي أي ظرف. أما في التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه-٦٢- وإنما حدد بوصفه. ولما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل، فيترتب على هذا أن يكون فعل ما في بعض الظروف ماسا بصالح الجماعة أو نظامها، وفي ظروف أخرى غير ماس بهما...

ثانيا : من حيث النص على العقوبة، نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال، ولكنها عينت عقوبة كل جريمة على حدة، وجعلتها لازمة في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. أما في جرائم التعازير جميعا سواء كانت عادية أو مقررة (احترازيا) لحماية المصلحة العامة والنظام العام، فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات و (التدابير) لهذه الجرائم، وتركت للقاضي المجتهد أن يختار من بينها العقوبة الملائمة-٦٣- ...

الصدر تعليق "رقم-٦٢-": مر عليك قريبا أن هذا النوع من العقوبة ليست من التعزير (العقابي) ولا تختص بالمجرم ...

الصدر تعليق "رقم-٦٣-": أي التي تصلح لردع المجرم عن الإجرام ثانية وزجر سواه عن الإجرام بمثل جريمته ...

الشاوى رأينا فى "تعليقى-٦٢- و-٦٣-": راجع رأينا على تعليق رقم-٦١- ...

⟨عوده⟩ هـذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير المقـررة لحمايـة المصـلحة العامة. فالقاعدة مطبقة ولكن في حدود واسعة، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الجاني يعاقب على فعل لم يجرم-٦٤- أو لم يعلم بسبق تحريمه. لأن الشـريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه ماسًّا بالنظام العام أو المصلحة العامـة، وعلـى كل حال يوجد فيها الجاني إذا مست بنظام الجماعة وصالحها. فعلـى كـل إنسـان إذن أن يبتعد عن كل ما يمس بالصالح العام، وعليه أن يراعي الظروف ويحسب حسابها ويقدرها في كل وقت وآن ...

١٠٩- *العلـة في إجازة التعزير للمصلحة العامة*: والضرورات الاجتماعية هي المسـوغ الوحيـد لإقـرار الشريعة هذا النوع من (جرائم) التعزير. فحماية نظام الجماعـة وصـوالحها العامة تقتضي نصوصا مرنة تلائم كل وقت وآن، وكل ظـرف وحالـة، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذي جاءت به الشريعة، فإنه قمين أن يقمع كل من تحدثه نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها؛ لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص الجامدة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة. وسنرى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية (في تدابير الوقاية) توصلا لحماية النظام والصالح العام ...

⟨المصدر⟩ تعليـق "رقـم-٦٤-": مر عليك قريبا أن العقاب (الوقائي) قد يكون مع عدم ثبوت الجريمة مراعاة للمصلحة كما في سجن النبي ﷺ لمن اتهم بالسرقة ...

⟨الشاوي⟩ رأينا في "تعليق-٦٤-": يراجع ما قلناه بشأن التعليق رقم-٦١- فيما سبق ... ونحـن نسـتبعد وصف هذه التدابير بأنها عقوبات، بل هي مجرد تدابير احترازية لابد لها من ضمانات حتى لا يساء استخدامها ...

108، 109 – التدابير الخارجة عن نطاق العقوبة تخضع لمبدإ الشرعية، أى أن التقنين يشمل جميع التدابير المقيدة للحريات والحقوق ولو لم تكن عقوبات جنائية :

هنـــاك نـــوع مـــن التدابير "القضائية" التى أجازها شريعتنا يخضع هو أيضا لمبدإ الشـــرعية لأن اختصـــاص القضاء بها يعنى أنه يجب أن توجد نصوص تحدد حالاتها وشـــروطها؛ وتعـــيين الجهة القضائية التى تختص بها ومعنى ذلك أن مبدأ الشرعية أوســـع نطاقا من مبدإ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وإذا كان هو قد استعمل هذا العـــنوان للإشارة إلى مبدإ الشرعية مجاراة لفقهاء القانون الوضعى، فإننا نفضل عَدَّه مـــبدأ أعم من ذلك فى شريعتنا، ونعبر عنه بأنه "لا تدبير يقيد حريات الأفراد إلا بأمـــر القضاء" وبناء على نصوص تحدد الأفعال أو الحالات التى تسوِّغها لصالح المجتمع والفرد، والشروط التى يجب توافرها لتطبيقها.

إننا لا نوافقه على عَدِّها "عقوبات استثنائية"، وإنما هى فى نظرنا "تدابير قضائية" وليست عقوبات.

وعـــذره أن كلمة تعزير فى فقهنا ليست مرادفة لكلمة "عقوبة"، بل هى أوسع نطاقا منها، وفقهاؤنا يَعُدُّونها شاملة للتدابير القضائية الاستثنائية التى قد تماثل العقوبات الجنائية لكنها خارجة عن نطاقها كما بيناه. معنى هذا أننا لا نوافق على قصر مبدإ الشرعية على "العقوبات الجنائية"، بل هو أعم من ذلك لأنه يسرى على جميع التدابير المقيدة لحقوق الأفـــراد وحـــرياتهم – ولو لم تكن عقوبات – مثل إجراءات التحقيق المقيدة للحرية والحـــرمات؛ والتدابير الوقائية وأمثالها من التدابير الإصلاحية للصغار أو عديمى الأهلية مثل المجانين ...

ويلاحـــظ أن بعض ما يُعَدّ عقوبات يحكم بها على مرتكب جريمة معينة يمكن أن تكـــون مجـــرد تدبـــير وقائى قبل وقوع الجريمة لمنعها أو قبل ثبوت إدانة الشخص بارتكابهـــا. فالحبس يكون تدبيرا احتياطيًا فى أثناء التحقيق لمنع المتهم من الهروب من المحاكمة أو من إخفاء الأدلة – وفقهاؤنا يصفون الحبس الاحتياطى بأنه تعزير، ومعنى ذلك فى نظرنا أنه تدبير وقائى وليس عقوبة كما يتصور البعض .

وإذا كـــان فقيهنا قد استغنى عن ذلك بإدخالها ضمن التعازير، ثم إدخال التعازير ضمن العقوبات، فإننا لا نوافقه على ذلك ....

۞ نصوص القرآن التي تقرر مبدأ الشرعية توجب التقنين في عصرنا :

إن شريعتنا تقرر مبادئ عديدة تسمح لها بأقصى المرونة في التطبيق، مثل "مبدإ توسيع سلطة القضاة المجتهدين التقديرية"، ومبدإ جواز التدابير المقيدة للحرية خارج نطاق العقوبات في حالات معينة للضرورات الاجتماعية. وإذا كان ما يسميه "القوانين الحديثة" قد وصلت إلى ذلك أخيرا؛ أو حاولت الوصول إليه ... فإن شريعتنا سبقتها إلى ذلك بقرون عديدة.

لقد عني الشهيد عوده عناية خاصة بالركن الشرعي في الجريمة، وتأكيد المبدإ الشرعي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح واضح يجرم الفعل أو الترك ويحدد العقوبة المقررة حتى يكون الفعل والعقوبة معلومين علما تامّا للمكلف مقدما أو يكون ذلك العلم ممكنا له وميسورا له، وقد توسع في ذكر النصوص القرآنية التي عَدَّها مصدر هذه القاعدة الأصولية ووصفها بأنها قاطعة في تأكيد هذا المبدإ [سورة الإسراء : 15، القصص : 59، النساء : 16، الأنعام : 19- البقرة : 286، الأنفال : 38][1].

صحيح أنه بدأ بتطبيق هذا المبدإ الشرعي في جرائم الحدود والقصاص والدية، وعَدَّ هذه الجرائم المجال الأول لتطبيق هذا المبدإ تطبيقا صريحا وواضحا وقاطعا، ثم حرص على القول بأن هذا المبدأ يسرى في جرائم التعازير، لكنه مع ذلك يعيد ما قاله أسلافنا من ترك للقاضي نائبا أنهم اشترطوا أن يكون القاضي مجتهدا، وكل ما نقله عن كتب أسلافنا عن اختصاصات القاضي إنما يقصد به القاضي المجتهد الذى لم يعد له وجود في عصرنا، ويحل محله الآن أهل الاجتهاد، وأهل الذكر الذين يجب أن يختارهم جمهور الأمة.

ونحن نعتقد أنه قصد لفت النظر إلى أهمية تطبيق هذا المبدإ في نطاق التعازير. وهذا يسوِّغ دعوتنا إلى ضرورة تقنين نصوص صريحة للتعازير وتحديد العقوبة لكل ما يُعَدُّ منها جرائم جنائية. على النحو الذى تسير عليه مجموعات القوانين العصرية.[2] بشرط أن يتم ذلك بمعرفة أهل العلم والاجتهاد. لكننا نضيف لذلك وجوب تقنين التعازير المشتملة على التدابير الوقائية بتحديد شروطها وحالاتها والجهة القضائية التي تختص بها – لتخضع هي أيضا لمبدإ الشرعية وإن لم تكن عقوبات جنائية.

---

(1) البند (88) فيما سبق.

(2) يراجع فقه الشورى البند 36 ص 192 – 198 الفقرات الأربع الأولى – وراينا في البندين (94،93) وما بعدهما من ذلك الكتاب.

القسم الثالث
في التعزير على المخالفات

عوده

١١٠ـ التعزير على المخالفات : الأصل في التعزير أنه على فعل المحرمات وترك الواجبات، وهذا متفق عليه، ولكن الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير في إتيان المكروه وترك المندوب. ففريق يرى ألاّ عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب–٦٥–[1]، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب.[2] وأساس اختلافهم في هذا الحكم هو اختلافهم في تعريف المكروه والمندوب. فمن رأى أن المكروه نهي بتخيير في الفعل، وأن المندوب أمر بتخيير في الفعل، أو أن المكروه ليس نهيا، والمندوب ليس أمر، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف. ومن رأى أن المندوب أمر لا تخيير فيه، وأن المكروه نهي لا تخيير فيه، قال بجواز العقاب على فعل المنهي عنه، وترك المندوب إليه. والقائلون بهذا الرأي مع تجويزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية، ولا يسمون الجاني عاصيا، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة، والجاني مخالفا، ويعللون ذلك بأن العصيان اسم ذم، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب[3] ..

الصدر تعليق "رقم–٦٥–": وهو الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري؛ لأنه لا عقاب إلا على معصية، ولا معصية في ترك المندوب، ولا في فعل المكروه؛ لأن المكلف مخير في إتيان كل منهما وتركه...

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج/١ ص/٤٣، الإقناع ج/٤ ص/٢٧٠:٢٧١، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٦٣، شرح مسلم الثبوت ج/١ ص/١١١:١١٢ ...

(٢) المستصفى للغزالي ج/١ ص/٧٥:٧٦، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ص/١٧٠ وما بعدها من ج/١، تحفة المحتاج ج/٨ ص/١٨، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠، تبصرة الحكام ج/٢ ص/ ٢٥٩:٢٦٠، الأحكام السلطانية ص/٧١٢ ...

(٣) المستصفى للغزالي ج/١ ص/٧٦، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج/١ ص/١٧٣:١٧٤ ...

عودة ويحتج بعض القائلين-٦٦- بالعقاب بفعل عمر رضي الله عنه، حيث مر علـــى شخـــص أضجع شاة يذبحها، وجعل يحد الشفرة، فعلاه بالدرة وقال له: هلا حددها أولا[١]..

والـــذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر إتيان المكروه وترك المندوب حتى يمكن العقـــاب، فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو الترك في ذاته، وإنما هو على اعتياد إتيان المكروه وترك المندوب، ويَعُدّون أن العادة تتكون من تكرار الفعل مرتين[٢]...

وإذا وقع الإتيان أو الترك ماسا بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والتـــرك دون حاجة للتكرار، سواء أخذنا برأي القائلين بالعقوبة أو بالرأي المضاد؛ لأن العقـــاب في هذه الحالة ليس أساسه حسبان الفعل مكروها أو الترك مندوبا إليه، وإنما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام...

الصدر تعليـــق "رقم-٦٦-": لا يصح الاحتجاج بنظر فقهاء المذهب الجعفري إلا بفعل معصوم ولم يَدَّعِ أحد من المسلمين عصمة عمر بن الخطاب...

الشاوي رأيـــنا في "تعليـــق-٦٦-": لا نوافـــق على اعتراض السيد الصدر على احتجاج فقيهنا بما ورد عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بحجة أنه ليس معصوما؛ لأن اجتهادات الصحابة مثل اجتهـــادات غيرهم من الأئمة والفقهاء يمكن الاستشهاد بها، بل هي أولى بالاعتبار دون حاجة للبحث في موضوع العصمة الذي هو خاص بالشيعة أما في نظر أهل السنة فهو خاص بالرسل والأنبيـــاء. نحن كنا نوافقه لو قال: إن هذه الحادثة ليست دليلا على أن الفعل الذي استكره أمير المؤمنين ليس خطئا يستحق الزجر والتأديب أو العقاب، ولا أنه مجرد مكروه...
ونحن نلاحظ أيضا أن فقيهنا لم يقدم غير هذه الحادثة دليلا على جواز التعزير على فعل مكروه، وفي نظرنا أن ما يسميه مخالفات هو تعازير وقائية تدخل في عنصر الحاضر ضمن التدابير الوقائية..

---

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠...
(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٣١٢...

الدقــة التى وصل إليها فقهاؤنا فى التفرقة بين ما يُعَدّ معصية أو حراما، وبين ما هو دون ذلــك لكنه مكروه لم تصل إليها فى نظرنا القوانين الوضعية ولا الفقه المستورد، وهى فى الواقع ضرورية لكى يلتزم بها من يقننون التدابير غير العقابية التى تتخذ لصالح المجتمع وتقييد حــريات الأفـــراد وحقوقهم دون ثبوت ارتكابهم لجريمة جنائية، ونرى أنها نتيجة لاشتمال شــريعتنا على ما يسميه فقهاؤنا "الأحكام التكليفية" التى تبدأ بإصدار توجيهات أخلاقية وتربوية للأفراد قبل أن تفرض العقوبة عند مخالفة تلك الأوامر أو التكاليف الشرعية .

ويرى فقهنا أنه ليس من الضرورى أن نَعُدّ مخالفة الأحكام التكليفية جريمة جنائية دائمـا فى جميع الأحوال، إذ يكفى فى أحوال كثيرة الجزاءات الأخروى أو التكاليف التعبــدية مــثل التــوبة والكفارات أو الصيام . وهذا أمر تتسع له شريعتنا بسبب مصـــدرها الديـــنى، ولاتصل إليه "النصوص الوضعية" التى تكتفى بتقنين الجرائم وفرض العقوبات وتترك للدين الكلام عن الجزاء الأخروى .

إن وصفه للأفعال التى تبرر مثل هذه "الإجراءات الاستثنائية" بأنها"المخالفات"، وإن كـــان يـــنسبه للفقه، لكننا لا نوافق عليه الآن لأنه قد يفهم منه البعض أنها تدخل ضمن إطار القوانين الجنائية التى تشمل نوعا خاصّا من الجرائم نسميه "المخالفات"، ونرى أن كــلمة تعازير تغنى عن ذلك بشرط أن يكون معروفا أن التعازير لا تقتصر فى نطاقها على الجرائم الجنائية وإنما تشمل كل الانحرافات السلوكية التى لا تصل إلى حد الجرائم .

* * *

مـــيزة الشـــريعة الإسلامية أن المبادئ التى قررتها منذ قرون عديدة لم تصل إليها النظم العصرية إلا أخيرا فى القرن الثامن عشر الميلادى .

مازال عندنا كثير من مبادئ شريعتنا وفقهنا لم تصل إليه للآن هذه النظم، وهى مبادئ "مستقبلية" يجب على فقهائنا وباحثينا أن يقدموها للعلم الحديث لكى يقتدى بها؛ وإن كان قد عجز حتى الآن عن الوصول إليها .

ومن أهم هذه المبادئ المستقبلية: مبدأ استقلال الشريعة بسبب مصدرها الإلهى الذى يعلو على الدول وحكامها، لذلك لا بد من سيادتها على الدول وسلطاتها جميعا، وخضوع الدولـــة ورؤســائها وحكامها لتلك السيادة. ونرى أنه يترتب على ذلك وجوب الفصل العضـــوى بـــين أهل الاجتهاد (التشريع) وجميع سلطات الدولة، وارتباط القضاء بهيئات الاجتهاد والتشريع ليكون مســتقلا عن الهيئات التنفيذية لأنه أقرب للشريعة وتابع لها وليس تابعـــا للأمراء ورؤساء الدول وحكامها ... وهذه ضمانة ضرورية من أجل توسيع سلطة القضاء فى التعازير .

الفرع الرابع
كيف تطبق القوانين الوضعية القاعدة ؟

عودة

١١١ ـ **القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة** : لم تعرف القوانين قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة بلا نص" إلا في أواخر القرن الثامن عشر؛ لأن القاعدة وليدة الثورة الفرنسية،أما قبل ذلك فكان القضاة يتحكمون في تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها، فيَعُدّون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تجريمه، ويعاقبون عليه بأى عقوبة شاءوا ولو لم يكن منصوصا عليها. وقد كانت هذه السلطة التحكمية هى الدافع الأول الذي دفع إلى تقرير القاعدة والعمل بها[1] ...

١١٢ ـ **كيف تطبق القوانين القاعدة** : والقوانين الوضعية لا تطبق القاعدة اليوم على الوجه الذي سبق أن طبقتها به يوم عرفتها، فقد كان القانون الفرنسي أول قانون طبقها، وعنه أخذت أكثر القوانين. وكان القانون الفرنسي يتشدد أول الأمر في تطبيقها تشددا عظيما، فعيَّن الجرائم تعيينا دقيقا، وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها، فكانت مهمة القاضي منحصرة في أن يحكم بالعقوبة إذا تبين له أن المتهم مدان، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة. ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيض العقوبة، فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان ...

وقد اضطر المشرع الفرنسي إلى العدول عن هذا النظام، لا لأنه غير صالح، ولكن لعدم صلاحية الأداة التي وكل إليها تطبيقه. فالتشريع الفرنسي يأخذ بنظام المحلفين وهم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقادون لعقولهم، فكانوا يقررون في كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين، لا لأن المتهمين برءاء ولكن تحرجا من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضي أن يتصرف في تطبيقها أو يخفف من شدتها، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخفضها أو تتساهل في تنفيذها. ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسي لمعالجة هذه الحالة، فجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حدا أدنى وحدا أعلى، وترك للقاضي أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين، وترك للقاضي أن يحكم بهما معا أو يختار إحداهما فقط[2] ...

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/١٠١، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٢ القانون الجنائي لأحمد صفوت ص/٧٧ ...

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/١٠٢، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٢ وما بعدها ...

عوده

وقد انتقلت قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة بلا نص" من القانون الفرنسي إلى القوانين الوضعية الأخرى، ولكنها أخذت تتطور تحت تأثير التجربة والاختبار وحاجات الجماعة، فأعطي القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيفها، وحق الإفراج تحت شرط، واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة.

ومع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير، فإن شراح القانون الوضعي يرون أن القاعدة تلك محترمة، وأن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة مادام أن هذا التوسع جاء طبقا لنصوص القانون، ومادام أن القضاة يستعملون سلطة خولهم الشارع إياها مقدما..

ولقد جاء التساهل في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، وبقيت القاعدة سليمة محترمة زمنا طويلا فيما يختص بتعيين الجريمة. حتى إذا جاء القرن العشرون أخذت القاعدة كلها تصبح محلا للانتقاد، وهاجمها الكثيرون من الشراح بحجة أنها لا تصلح لمواجهة الضرورات الاجتماعية، وأنها تؤدي إلى ضياع مصلحة الجماعة. ذلك أن نصوص القوانين الجنائية تقصر دائما عن تناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصوالحها، وأن المجرمين يتفننون في الهرب من الوقوع تحت سلطان النصوص، ثم يعبثون ما شاءوا بمصالح الأفراد والجماعة ونظامها، وهم آمنون من العقاب. فإذا استصدرت قوانين لتحريم الأفعال الجديدة التي أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة، عاد المجرمون يعملون على التهرب من نصوصها القاصرة، وعادوا إلى جرائمهم آمنين من العقاب.

وقد كان لهذا الانتقاد أثره العملي، فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معا، كالتشريع الألماني الصادر في سنة ١٩٣٥ حيث خول القاضي، إذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الألماني دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائي خاص، أن يَعُدَّ هذا الفعل جريمة ويوقع على مرتكبه عقوبة "المادة الثانية من القانون الجنائي الألماني". وكالقانون الإيطالي، فإنه ترك للقاضي في بعض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها، وكالقانون السوفييتي الذي خرج عن القاعدة منذ سنة ١٩٢٦م، وكالقانون الدانمركي الذي أباح العقاب على أي فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم، ولا ننكر القانون الإنجليزي الذي يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير في الشريعة. ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل بدأ علماء القانون الجنائي يناقشون المبدأ في مؤتمراتهم العامة، بعد أن كان فوق المناقشة، توصلا إلى معرفة مدى حاجة المجتمع إليه، ومدى

عودة — عجز المبدإ عن حماية صوالح الجماعات، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات في سنة ١٩٣٧، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة ...

ويتجه العلماء والشراح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين: فمن ناحية الجريمة، يرون الاكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعيينا عاما، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة، وبحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من هذا النص العام المرن. ومن ناحية العقوبة، يرون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى، ليكون للقاضي سلطة واسعة في تطبيق العقوبة. بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يترك تحديد العقوبة "نوعا ومقدارا" إلى اختيار القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها[1] ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/٥ ص/٥٥٢ وما بعدها، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٣، شرح قانون العقوبات لدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى (ص/ ١٠٢ : ١٠٤) ...

111، 112 – التعازير بسبب القوانين الوضعية إلى جميع ما استحدثته

أخيرا – بما فى ذلك توسيع سلطة القضاء :

بعض التطورات التى توصلت لها النظم الاجتماعية والتشريعية الوضعية حتى الآن – مثل توسيع سلطة القاضى بوضع حد أدنى وحد أعلى للعقوبات؛ ونظام الظروف المخففة؛ ووقف تنفيذ العقوبات؛ أو مبدإ العقوبة غير محددة المدة... فضلا عن تدابير الوقاية؛ والسجون المفتوحة – قد استعت له مبادئ شريعتنا وفقهها وسبقتهم فى المانى بتشريع التعازير، التى تتسع لكل ما يطرأ فى المستقبل من تطورات...

مضى عهد الصورة المتطرفة التى ابتدعتها الثورة الفرنسية، التى كانت تجعل القضاء مجرد آلـــة لـــلحكم بعقوبة مفروضة ومحددة بحد واحد، دون أى اعتبار لاختلاف ظـــروف المـــتهمين أو ظروف الجريمة ذاتها، بحجة أن المساواة بين الناس توجب توحيد العقـــوبة عـــلى الجـــميع، بعد أن ظهرت نتائج سيئة لهذه "المساواة الحسابية". واتجهت التشريعات الوضعية إلى المرونة على خطوات، منها أنه جعل لكل جريمة عقوبة ذات حد أقصـــى وحد أدنى، ولم يكتف بذلك بل فتح باب النزول عن الحد الأدنى فى الجنايات فى حالة توافر ظروف قضائية تستدعى التخفيف فى نظر القاضى.

وبعـــد ذلك، استحدثت القوانين الوضعية مبدأ تخفيف العقوبة بوقف تنفيذها لما يجعل الحكـــم مجـــرد جزاء تهديدى لا ينفذ إلا إذا ارتكب المحكوم عليه جريمة أخرى فى فترة معينة.

وقـــد أضافت التشريعات الوضعية بعد ذلك مبدأ الإفراج تحت شرط لتشجيع المحكوم عليهم على تحسين سلوكهم فى أثناء تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

وأخيرا قررت ما يسمى بالعقوبة غير محددة المدة، لكى يكون انتهاء العقوبة بقرار من القاضى حسبما يراه من استقامة المحكوم عليه وتوبته.....

ثم إن بعض القوانين الوضعية زادت فى توسيع سلطة القاضى حتى إنها منحته الحق فى الحكم بالعقوبة على أفعال لا يوجد نص صريح بشأنها، متى تبين له أنها تهدد أمن المجتمع.. كل ذلك اتسع له مبدأ التعازير فى شريعتنا قبلهم.

ويســـتخلص من ذلك أن تلك القوانين وصلت فى بعض البلاد إلى ما يقرب من مبدإ حق القاضى فى التعزيز الذى قررته الشريعة الإسلامية، ولكنهم لم يصلوا إليه إلا بعد قرون طويلة وتطورات عديدة.

 : ظاهر لما سبق أن كلا من الشريعة والقوانين الوضعية توجب ألاّ تكون جريمة ولا عقوبة بلانص، ولكن الشريعة تختلف عن القوانين في تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه :

أولا : من حيث تاريخ تطبيق القاعدة : طبقت الشريعة الإسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية وتطبقها باثني عشر قرنا على الأقل، فالقوانين الوضعية لم تأت بشيء جديد، وإنما أخذت النظرية التي ابتكرتها الشريعة ...

ثانيا : من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها، ففي الجرائم الخطيرة التي يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثرا شديدا تتشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشددا تاما، فتدقق في تحديد الجريمة وتعيين العقوبة، وهذا هو المتبع في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية. وفي الجرائم الأقل خطورة، وهي جرائم التعازير بصفة عامة، تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، فتجعل للجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات، وتترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة. وفي جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة، وتكتفي بوضع نصوص عامة جدا يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام. فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق، لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائمه وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد ...

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتبت على تطبيق القاعدة. ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة، على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون، فكان التعميم في التطبيق سببا في تحرج المحلفين والقضاة من الحكم بعقوبة شديدة في جريمة غير خطيرة، وفي تبرئة كثير من القضايا. ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضييق سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدها، ولكنها طبقت هذه الطريقة أيضا بصفة عامة، فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثر وقوع الجرائم الخطيرة وصارت تزيد عاما بعد عام؛ لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة، مستعملين سلطتهم في اختيار العقوبة وتقديرها. وهذه الطريقة هي المتبعة الآن في معظم القوانين الوضعية، إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون الدانمركي أخذت أيضا بطريقة الشريعة الثالثة في بعض الجرائم فكأنها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة ...

عودة

ولاشك في أن النظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة، وأكفل بحماية الأمن والنظام، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ...

ثالثا : من حيث الجريمة : تراعي الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة أن يكون النص عاما، ومرنا إلى حد كبير، بحيث ينطوي تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات، ولا يخرج عن حكمه أي حالة. والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم[1] إلى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، أما فيما عداها فالتعميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي التي يعزر فيها، مثل قوله ﷺ: ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات: ١٢]، تحريما لجريمة التجسس، ومثل قوله: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ومثل قوله: ﴿وأوفوا الكيل﴾ [الأنعام: ١٥٢، الإسراء: ٣٥]، ومثل قوله : ﴿لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم﴾ [الأنفال: ٢٧]. وفي التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفة لا بذاته، -٦٧- بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع. وقد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، واستغنائها عن التعديل والتبديل.

أما القوانين الوضعية، فالأصل فيها أن تحدد الجريمة، وتعينها تعيينا دقيقا، وتبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييرا في النصوص، وكان من السهل التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون العقوبات. ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن تكون النصوص عامة ومرنة، لدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات، وهذا الذي يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية.

رابعا : من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على عقوبة الجريمة بحيث تتعين العقوبة تعيينا لاشك فيه، وبحيث لايكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده. وقد فرقت الشريعة بين الجرائم، التي تمس أمن الجماعة ونظامها مساسا شديدا، وبين غيرها من الجرائم. والقسم الأول هو جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة. ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة

[المصدر] تعليق "رقم-٦٧-": بل قد يعاقب مع عدم الحرمة أصلا محافظة على المصلحة العامة، كما مر عليك قريبا ...

---

(١) إذا لم يكن التضييق ظاهرا في النصوص المحرمة للجريمة، فإنه ظاهر في بقية النصوص الأخرى التي تحكم الجريمة، فالسرقة جاء نصها عاما ولكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وضعه الرسول من قيود، كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر معلقا وغير ذلك ...

﴿عوده﴾ لاخـــيـــار للقاضي في توقيعها، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكـــب الجـــريمة. أما في القسم الثاني، فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها-٦٨-، وتركت للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة، كما تركت له أن يقدر العقوبة من بين الحد الأعلى والحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين، وأن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها طبقا لما يراه ملائما لحال المجرم ولظروف الجريمة.

أمـــا القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات حدين، أو تحـــدد لكل جريمة عقوبتين كلتاهما ذات حدين، وتترك للقاضي أن يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة، وأن يقدر العقوبة من بين الحد الأدنى والأعلى للعقوبة، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشـــروط معيـــنة، وله أن يمضيها. وفي كثير من الجرائم تشترط القوانين الوضعية ألاّ تنزل العقوبـــة عـــن حـــد معين، كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة، والغالب أن يكون ذلك في الجـــرائم الخطيرة. وظاهر من هذا أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة. فالقاضي الذي يطبق القانون الوضعي مقيد بتطبيق العقوبة الـــتي حددهـــا القانون إذا كانت عقوبة واحدة، ولا يستطيع أن يختار إلا بين عقوبتين إذا أعطـــي حق الاختيار، وليس له في كثير من الأحوال أن ينزل بالعقوبة عن حد معين، وليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم، وهو بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعده على معالجة المجرم والإجرام علاجا يتفق مع المصلحة العامة. وقد رأى كثير من كبار العلماء أن عـــلاج هذه الحالة لا يتأتى إلا إذا أمكن القاضي من اختيار العقوبة نوعا ومقدارا، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات. فإذا أخذ بهذا الرأي الذي ينادي به كـــبار العلماء اليوم، فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير وعقوباتها. وظاهر كذلك من منع القاضي من إيقاف التنفيذ في الجرائم الخطيرة، ومن عدم السماح له بـــأن ينزل بالعقوبة عن حد معين، ومن تحديد عقوبة أو عقوبتين لكل جريمة، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدإ الشريعة في جرائم الحدود والقصاص ولكن إلى حد محدود ...

ولـــيس يهمنا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن في بعض الحالات. فقد كانت تخالفها في كل شيء حتى أواخر القرن الثامن عشر. وإنما يهمنا أن نعلم أن القانون الوضعي بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة، ويأخذ بمبادئها، ويطبق نظرياتها، وأن مـــا يطلبـــه علماء القانون أن يتحقق في القانون هو نفس ما تأخذ به الشريعة، وما تقوم عليه، وأن في ذلك لذكرى للذاكرين ...

[الصدر] تعـــليق "رقـــم-٦٨-": وعـــلى القاضي أن يختار ما يكون سببا لردع المجرم وزجره سواه، وقد اشترط بعض فقهاء المذهب الجعفري ألاّ يصل إلى مقدار أحد الحدود الشرعية ...

[الشاوي] رأينا في "تعليق-٦٨-" يكرر السيد الصدر ما قاله قبل ذلك من أن الجزاء التعزيري لا يجوز أن يصل إلى مقدار الحد الشرعي في نظر بعض فقهاء المذهب الجعفري ...

ما تتصف به أحكام شريعتنا من مرونة، تشهد به التفرقة بين الجرائم الخطيرة والجرائم الأقل خطورة. وقد خصصت للجرائم الخطيرة عقوبات الحدود، وهى عقوبات محددة بشروط معينة؛ وكذلك الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان وحياته التى يطبق فيها مبدأ القصاص بشروط معينة، يضاف لذلك تفويض الأمة وممثليها من أهل الاجتهاد لتقنين التعازير وفرض جزاءات أو إجراءات "تعزيرية" على من يرتكبها، فضلا عن أن التعازير تشمل التدابير القضائية التى تخرج عن نطاق العقوبات ولكن تستلزمها مصلحة المجتمع بشرط أن يبقى تحديد حالاتها وشروطها من حق الجهة القضائية المختصة بها.

هذه التفرقة وهذا التنوع والتفاوت فى المعاملة أفضل مما تسير عليه القوانين "الوضعية" من الالتزام بقاعدة موحدة عامة التطبيق فى جميع الحالات، مما يؤدى بأهلها إلى ضرورة تغيير القواعد والقوانين والنظم كلما جدّت تطورات تقتضى ذلك - والدليل على ذلك أنها استحدثت تدابير الوقاية، ووقف التنفيذ، والظروف المخففة ... إلخ.

وهنا نسجل ميزة شريعتنا فى أنها تبدأ بالأوامر والنواهى التكليفية وترتبط بها تحديد الجرائم والمعاصى، وتجيز التعزير عند مخالفة ما تتضمنه شريعتنا من أوامر ونواه تبين الحلال والحرام، والمستحب والمكروه، وقد ذكر أمثلة منها لا مكان لها فى "القوانين الجنائية المعاصرة"....

إنه على حق فى تذكيرنا بأن اختلاف أحكام شريعتنا عما وصلت إليه القوانين الوضعية حتى الآن يؤكد أنها تسبقها فى كثير من المبادئ، وأن بعض مبادئها لم تصل إليها القوانين الوضعية، وأنه واثق بأن القوانين سوف تستفيد من تلك المبادئ فى المستقبل.

ومن أهم ميزات شريعتنا التى لم تصل إليها القوانين العصرية، النص على معاملة خاصة زاجرة ورادعة بتقرير عقوبات بدنية للجرائم التى تهدد المبادئ الأساسية الثابتة التى يقوم عليها المجتمع، مثل جعل الزواج الشرعى وحده هو المبيح للعلاقات الجنسية بين الرجل وزوجته وتحريم كل تجاوز عن ذلك بحسبانه زنا وفاحشة، ومثل قداسة حق الإنسان فى حياته وسلامة بدنه ... وحماية العقل من السكر والتخدير، وحماية المال من السرقة ... وهكذا ... على أن يتمتع الفقه والقضاء بسلطة واسعة فيما عدا ذلك.

لكننا لا نوافق على قوله بأن التعزير للمصلحة العامة يصل إلى حد أنه لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع (ص ب / 111) لأنه يؤدى إلى تقييد

توسع اختصاصاتهم :

مبدإ شرعية الجرائم والعقوبات الذى بذل هو جهدا كبيرا فى إثبات أنه أصل من أصول شريعتنا المقررة بنصوص قرآنية عديدة. ويكفى فى نظرنا القول بأن تحديد الفعل المعاقب عليه من حق أولياء الأمر من المجتهدين وأهل الاجتهاد سواء كانوا فقهاء أو قضاة، لكن هذا التحديد يجب أن يكون سابقا على وقوع الفعل لا بعد أن يقع...

أما إشارته إلى اشتمال شريعتنا على أحكام تكليفية تتضمن أمرا أو نهيا – مما لا تصل إليه القوانين الوضعية – فهذه ميزة يجب أن نعتز بها فى شريعتنا لأنها ليست مجرد نصوص جنائية، بل هى فى الأصل منهج إصلاح للنفوس والمجتمعات عن طريق إرشاد الناس إلى طريق الاستقامة والصلاح، وأنها شريعة دينية بمعنى أن الجزاء الأخروى هو الأصل العام، وأن ضمير الفرد المؤمن بالحساب يوم القيامة هو الذى يفرض عليه التزام الطريق المستقيم ويمنعه من الانحراف، وأن الجزاءات الجنائية رغم أهميتها إلا أن أثرها ونطاقها أضيق بكثير من نطاق الجزاء الأخروى والحساب الإلهى يوم الدين.

ومبدأ توسيع سلطة القاضى فى التعازير محمود وضرورى، ولكن أهم منه كفاية القاضى وصلاحه واستقلاله حتى لا يكون جلادا يأتمر بأمر المستبدين والطغاة الذين يفرضون سلطانهم بغير طريق الشورى ولا يلتزمون بمبادئ الشريعة وأحكامها. وإذا كان هو لم يشر لذلك فلأن هذا أمر بديهى فى نظره، لكننا أمام المصير الذى انتهى إليه هو وكثير من دعاة الإصلاح والهداية من المحاكمة أمام محاكم من عملاء السلطة وأعوانها الذين لا أهلية لهم ولا أمانة ولا عدالة ولا استقامة، هذا الذى حدث وما زال يحدث مثله فى بلاد كثيرة يوجب علينا التذكير بهذا المبدإ البديهى، وهو عدم إسباغ وصف القضاء أو المحاكم على هيئات خاضعة لذوى السلطان خصوصا من اغتصبوا السلطة وفرضوا استبدادهم على الناس بالقوة والتهديد أو التزوير.

لا شك فى أن عذره أنه يتكلم عن القانون لا عن القضاء، وأنه لم يكن يتوقع المصير المؤلم الذى انتهى إليه بمحاكمة هزلية ومحاكم استثنائية تضم أشخاصا بعيدين عن الاستقلال والنزاهة بل والأهلية والكفاءة.

المبحث الثانى
فى أدلة الأحكام الشرعية
أى مصادر التشريع الجنائى

موضوع 〈٦٩〉 ١١٤ـ مصادر التشريع الإسلامى بصفة عامة :
من المتفق عليه -٦٩- بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامى أربعة :
١ القرآن ٢ السنة ٣ الإجماع ٤ - القياس.
ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التى تستمد منها الأحكام. ومن المتفق عليه أيضا أن الحكم الذى يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربعة هو حكم واجب الاتباع.
ويرتب الفقهاء-٧٠- الأدلة والاستدلال بها طبقا للترتيب الذى ذكرناه. فالمصدر الأول للشريعة هو القرآن، والمصدر الثانى هو السنة، والمصدر الثالث هو الإجماع، والمصدر الرابع هو القياس، فإذا لم يوجد حكم الواقعة فى القرآن رجع إلى القياس .

الصدر تعليق "رقم-٦٩-": لا اتفاق على ما ذكره المؤلف، لأن المصدر الرابع للتشريع عند فقهاء المذهب الجعفرى هو العقل لا القياس.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٦٩-": قوله إن فقهاء المذهب الجعفرى يَعُدون المصدر الرابع للتشريع هو العقل لا القياس يؤيد ما ذهبنا إليه من ضرورة التوسع فى القياس فى عصرنا والعصور التالية، فلا يقتصر على استنباط حكم فرعى قياسا على حكم فرعى منصوص عليه بل يشمل استنباط الحكم من نظرية عامة مستمدة (عقلا) من حكم فرعى أو عدة أحكام فرعية ورد بشأنها نصوص فى الكتاب والسنة. ثم إن القياس بجميع أنواعه هو استعمال للعقل، فلا داعى للاعتراض عليه، وإنما يحسن التوسع فيه، بحيث يصبح هو الاجتهاد بجميع صوره ووسائله التى تشمل جميع المصادر المختلف عليها مثل المصالح المرسلة والعرف والاستحسان ... كما أنه بمعناه الواسع هو أساس استنباط الأحكام الفرعية من النظريات التشريعية .

الصدر تعليق "رقم-٧٠-": لا ترتيب بين الأدلة بنظر فقهاء المذهب الجعفرى. ويترتب على ذلك أن ورود حكم الواقعة فى القرآن الكريم لا يمنع من الاستدلال ببقية الأدلة الثلاثة إن ذكر فيها حكم الواقعة إثباتا أو نفيا، إذا كان أخص من القرآن الكريم فيكون مخصصا للقرآن إن كان الدليل القرآنى الدال على حكمه بالعموم وكان موضوعا للدلالة على شمول جميع الأفراد، ويكون الدليل الغير القرآنى مقيدا للدليل القرآنى إن كان الدليل القرآنى يدل عليه =

عوده

وهناك مصادر أخرى للشريعة مختلف عليها، فيراها البعض مصادر تشريعية أحكامها ملزمة، ولا يراها البعض الآخر كذلك، والمصادر المختلف عليها هي-٧١-: الاستحسان، والاستصحاب، والمصلحة المرسلة، والعرف، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابي.

= بالإطلاق بأن كان الدليل القرآنى دالا على حكم الطبيعة وكان شاملا لجميع الأفراد لولا التقييد، ويكون الدليل الغير القرآنى الأخص مقيدا للدليل القرآنى وكذا الكلام بالنسبة إلى السنة وما بعدها من الأدلة وكذا الكلام بالنسبة إلى الإجماع والعقل.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٧٠-": بأن فقهاء المذهب الجعفرى يرون أن الأدلة جميعها يمكن الاستدلال بها على تخصيص نص عام فى القرآن الكريم أو غيره من المصادر – لا نرى أن ذلك يستلزم إنكار مبدإ إعطاء الأولوية للقرآن الكريم، ولا مبدأ ترتيب الأدلة عموما.

الصدر تعليق "رقم-٧١-": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى عدم الاعتماد على المصادر المختلف عليها إلا الاستصحاب، ومن مصاديقه استصحاب شرع من كان قبلنا، فإننا إنما نرجع إلى شرع من كان قبلنا باستصحابه إلى أيامنا إذا شككنا فى حكم من الأحكام ولم يكن عليه دليل فى شريعتنا وعرفنا حكمه فى الشريعة السالفة فإننا نستصحب حكمه فى الشريعة السابقة إلى أيامنا.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٧١-": إننا نرى أن جميع الأدلة الأخرى المختلف عليها (مثل الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ومذهب الصحابي بل الاستصحاب وشرع من قبلنا) كلها تدخل فى نطاق الاجتهاد أو القياس أو الاستدلال العقلى، ولذلك فهى ليست ملزمة بذاتها فى نظرنا إلا إذا رأى أهل الاجتهاد الاسترشاد بها وبهذا لا نرى داعيا للتفرقة بينها والاقتصار على استصحاب شرع من قبلنا كما يقول السيد الصدر فى التعليق رقم -٧١- .

وقد قلنا إننا لا نرى داعيا للتفرقة بين"العقل" والقياس بمعناه الواسع، لأنهما فى الواقع تعبير عن "الاجتهاد" بمعناه الواسع الذى يشمل جميع المصادر المختلف عليها ويغنى عنها.

لقد توسع فقهيا فى عرضه لمصادر التشريع[1] واستنباط الأحكام منها بطريق القياس أو الاجتهاد أو مجرد التفسير، وهو موضوع يدخل فى نطاق علم أصول الفقه أو علم التفسير.

لكننا لانلومه على ذلك ما دام قد اتجه فى بداية كتابه إلى بناء نظريات عامة على أساس نصوص الوحى الإلهى فى القرآن؛ والوحى غير المباشر فى السنة النبوية؛ فكان لابد أن يعطى أهمية قصوى لهذين المصدرين وما يتفرع عنهما من اجتهاد (قياس)، وإجماع.

وقد لاحظ بحق أن النصوص المتصلة بالوحى (القرآن والسنة) هى الأصل الملزم، حتى إن ما يستنبطه الاجتهاد أوالإجماع لابد أن يكون له سند منهما – فهما فى الواقع متفرعان من هذه النصوص ومرتبطان بهما، وهذا هو سبب الشك الذى يوجد لدى الذين لايرون عدّهما مصدرين مستقلين عن الكتاب والسنة .

ونحن نرى أن القياس يتسع لكل صور الاجتهاد – الذى هو استعمال العقل والرأى، وأن ما سماه "مصادر مختلف عليها" مثل الاستحسان، والاستصحاب والمصلحة المرسلة والعرف وشرع من قبلنا ومذهب الصحابى، كلها تدخل فى نظرنا فى نطاق الاجتهاد، لأن أهل الاجتهاد هم الذين يستطيعون تقدير الشروط اللازمة لوجود كل منها ومدى اتفاقه مع مقاصد شريعتنا ومبادئها وتحديد مدى الالتزام به.

وقد أشار أستاذنا الشيخ/ محمد أبو زهرة[2] – فى كتابه "العقوبة" إلى الخلافات فى الفقه بين من يرون القياس "للمصلحة" – ومن لا يحكمون إلا بالقياس على النصوص ولا يجتهدون فى الرأى إلى تعرُّف المقاصد العامة والأخذ بها. وتعرُّف المقاصد العامة هو ما يعبر عنه بالتنظير الذى أشرنا إلى أن الضرورة تستدعى الأخذ به فى الحاضر والمستقبل لتوسيع نطاق استنباط الأحكام اللازمة لما يستجد من مسائل وقضايا استحدثتها تطورات المدنية الإنسانية .

وإذا كانت النصوص السماوية فى الكتاب والسنة ذاتها قد تحتمل التأويلات والتفسيرات المتعددة إذا لم تكن قطعية الورود والدلالة، فإن ما يدخل فى نطاق هذه الطرق المختلف عليها يحتمل ذلك من باب أولى، والذى يقدر على القيام بذلك هم أهل الاجتهاد.

(1) تضمن هذا البحث (76) بندا (من رقم 114 إلى 190) .

(2) راجع كتابه عن العقوبة (بند 22 ص 30).

فيما يختص بالإجراءات الجنائية هى نفس المصادر التى سبق الكلام عليها مع مراعاة أن بعضها متفق عليه والبعض مختلف عليه .

أما مصادر التشريع الإسلامى الجنائى المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط، منها ثلاثة متفق عليها، وهى : ١ – القرآن . ٢ – السنة . ٣ – الإجماع .

أما الرابع فهو القياس، وقد اختلف فيه الفقهاء-٧٢-، فرأى البعض أنه مصدر تشريعى جنائى، ورأى البعض أنه ليس مصدرا فى تقرير الجرائم والعقوبات .

ويجب أن نلاحظ الفرق المهم بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى. فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة، وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية. أما بقية المصادر، فهى لا تأتى بأسس شرعية جديدة، ولا تقرر أحكاما كلية جديدة، وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة، ولا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة، لأنها تستمد منهما وتستند إلى نصوصهما .

الصدر | تعليق "رقم-٧٢-": مر عليك قريبا أن القياس ليس من مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفرى ولا يعتمدون عليه ما لم يحصل العلم عندهم بالحكم الشرعى فإن العلم من أى سبب حصل فهو حجة كما عرفت سابقا .

إن المصدر الرابع عند فقهاء المذهب الجعفرى هو العقل، وهو عبارة عن إدراك العقل للملاكات الحكم الشرعى ولا مجال له فى التشريع الجنائى إذ لا مجال للعقل فى تفهم ملاك الأحكام الجنائية الشرعية .

الشاوى | رأينا فى "تعليق-٧٢-": يشير السيد الصدر إلى أنه لا مجال للعقل فى تفهم ملاك الأحكام الجنائية. وهذا قول يحتاج إلى توضيح، فهو مقبول إذا كان قد قصد به أن النصوص المقررة للجرائم والعقوبات – سواء كانت نصوصا شرعية فى الكتاب أو السنة، أو نصوصا فقهية فى التقنين أو فتاوى المجتهدين والأئمة لا يجوز التوسع فى تطبيقها لأنها نصوص استثنائية؛ فهذا مبدأ أكدناه مرارا.

ولاشك فى أن هذا المبدأ أكثر لزوما فى نطاق عقوبات الحدود والقصاص، التى قلنا دائما إنها عقوبات استثنائية، لأن الأصل هو التعازير فى جميع الجرائم .

وفى نطاق التعازير، نرى أن السيد الصدر قد أيد ما قاله فقهاؤنا من أنه يجوز التعزير للمصلحة العامة – حتى ولو لم يكن الفعل الضار بالمصلحة العامة معصية شرعية – ونحن لا نرى أنه يمكن تقرير المصلحة العامة دون استعمال العقل لتقدير هذه المصلحة ومشروعيتها طبقا للنظريات التشريعية ومقاصد الشريعة السامية. وكل ذلك يحتاج إلى اجتهاد بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح.

يسرنا أنه يؤكد ما قاله دائما من أن الكتاب والسنّة هما الأصل الأصيل كمصادر إلهية أو سماوية لا بد أن ينتسب إليها كل ما يتوصل إليه بطريق المصادر الاجتهادية أو القياسية أو العقلية التي يجمعها الاجتهاد والإجماع عن طريق التزامهما بسند شرعي لما يستنبطه الفقه من أحكام .

كما نوافق على قوله إن الكتاب والسنة هما مصدر الشريعة (بالمعنى الضيق) وإنهما المرجع فيما يسميه الأحكام الكلية، أي المبادئ العامة أو النظريات . ونضيف إلى ذلك أن ما ورد فيهما من نصوص إذا كانت تضع أحكاما فرعية في مسائل معينة فلا يجوز أن نكتفي بذلك؛ بل يجب عدّها مؤشرات لاستنباط نظريات عامة تتخذ منبعا للأحكام المستحدثة بوسائل الاجتهاد بأوسع معانيه عن طريق التنظير الذى نحن في أشد الحاجة إليه في عصرنا والعصور القادمة .

نحن نعد أنّ القياس يتسع لكل صور الاجتهاد، أو أنه بالأصح الصورة الأولى منه. وكلمة الاجتهاد في نظرنا تتسع لجميع المصادر المختلف عليها (المشار إليها في البند السابق) وأولها هو القياس ... وهو أيضا مختلف عليه – وإن كنا نرى أنه يتسع لاستنباط الأحكام الفرعية من النظريات التشريعية العامة .

الفرع الأول

القرآن

عوده

١١٦ ـ **القرآن** : هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس .

١١٧ ـ **نصوص القرآن قطعية**: وقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود. فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه، لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة. والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين. فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحي، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطئوا على الكذب، ونقله عن هذه الجموع جموع أخر، فلم يختلفوا في حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجناس .

١١٨ ـ **دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية** : وإذا كانت نصوص القرآن قطعية، فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية. فإن كان النص دالاً على معناه ولا يحتمل التأويل، كانت دلالته قطعية، مثل قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤]. فدلالة ثمانين على العدد قطعية. ودلالة أبدا على التأبيد قطعية. وإن كان النص دالاً على معناه، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالته ظنية، كقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة : ٢٢٨] . فلفظ القرء قد يعني الحيض وقد يعني الطهر، ومن ثم فدلالته على معناه ظنية لا قطعية، إذ من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر.

١١٩ ـ **حجية أحكام القرآن** : لا خلاف بين المسلمين في أن القرآن من عند الله، وأنه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أيّا كان نوعها.

116 – 119 القرآن وحي إلهي مباشر قطعي الورود :

القرآن الكريم هو المصدر الأول والأسمى لأنه وحي إلهي مباشر ولأن نصوصه الإلهية قطعية الورود. وكثيرا ما يشير الفقهاء إلى "النصوص القطعية" ويميزونها بأنها خالدة غير قابلة للتغيير أو التطوير. ويجب التفرقة بين صفة قطعية الورود (وهي الصفة التي تتمتع بها جميع آيات القرآن الكريم)، وبين صفة قطعية الدلالة؛ فإن بعض الآيات فقط هو قطعي الدلالة، أي أنها (لا تحتمل التأويل أو الخلاف في التفسير) — وهذا يعطي أهمية كبرى للتفسيرات المتعددة للآيات القابلة للتأويل وقابلية هذه التفسيرات للتطور والتجديد.

ويزيد في أهمية ذلك أن تحديد النصوص قطعية الدلالة هو محل اجتهاد مما يفتح باب الاختلاف في عدد الآيات القطعية الدلالة.

وهذا النوع من النصوص القطعية تكون ثابتة في عباراتها ومدلولها، وهي في الأصل عامة أو كلية يجب أن تكون أساسا ومنبعا لنظريات تتسع لاستنباط أحكام جديدة كلما تطورت ظروف الزمان والمكان. وإذا كان بعضها يتضمن أحكاما فرعية، فليس معنى ذلك أنها لاتشير إلى مقاصد سامية ومبادئ كلية يجب أخذها في الحسبان في بناء النظريات التشريعية.

وبرغم الأمثلة التي ذكرها، فإننا نشير إلى ما نقلناه من قبل من أن وصف أحد النصوص بأنه قطعي الدلالة أو ظني يُرجَع فيه إلى الاجتهاد ... فهو الذى يرسم الخط الفاصل بين النوعين، ويحدد نطاق كل منها.

وفي نظرنا أن بعض آيات الأحكام في القرآن الكريم يمكن أن تشتمل الآية الواحدة منها على ألفاظ أو عبارات قاطعة في دلالتها، في حين أن لفظا أو ألفاظا أخرى في نفس الآية يمكن اعتبارها ظنية.

فقطعية الدلالة أو ظنيتها صفة لكلمة أو كلمات معينة، في حين أن الورود القطعي شامل لجميع آيات القرآن الحكيم، وذلك معنى قوله : "أنه لا خلاف بين المسلمين في أن القرآن (كله) من عند الله" .....

: وأحكام القرآن على نوعين: أحكام يراد بها إقامة الدين وهذه تشمل أحكام العقائد والعبادات. وأحكام يراد بها تنظيم الدولة والجماعة. وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، وهذه تشمل أحكام المعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية والدستورية والدولية ... إلخ.

وأحكام القرآن على تنوعها وتعددها أنزلت بقصد إسعاد الناس فى الدنيا والآخرة، ومن ثم كان لكل عمل دنيوى وجه أخروى، فالفعل التعبدى أو المدنى أو الجنائى أو الدستورى أو الدولى له أثره المترتب عليه فى الدنيا من أداء الواجب، أو إفادة الحل والملك، أو إنشاء الحق أو زواله، أو توقيع العقوبة، أو ترتيب المسئولية... إلخ.

ولكن هذا الفعل الذى يترتب عليه أثره فى الدنيا له أثر آخر مترتب عليه فى الآخرة، هو المثوبة أو العقوبة الأخروية. وينبنى على كون الشريعة مقصودا بها إسعاد الناس فى الدنيا والآخرة أن تُعَدّ وحدة لا تقبل التجزئة، أو جملة لا تقبل الانفصال؛ لأن أخذ بعضها دون بعض لا يؤدى إلى تحقيق الغرض منها، ولأنه لا توجد شريعة أخرى على وجه الأرض معمول بها تسلك مسلك الشريعة الإسلامية، فلا ينبغى أن تقاس الشريعة فى هذا بغيرها.

ومن يتتبع آيات الأحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان: جزاء دنيوى، وجزاء أخروى. فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء: ٣٣]. ويجعل للقتل جزاءين أحدهما دنيوى، والثانى أخروى. فأما جزاء الدنيا فهو القصاص، وأما جزاء الآخرة فهو العذاب الأليم، وذلك قوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾ [البقرة:١٧٨]. والعذاب الأليم هو عذاب الآخرة، يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضبَ الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما﴾[النساء:٩٣]. ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنيا على الاعتداء.

وجزاء قطع الطريق أو الحرابة، القتل والقطع والصلب والنفى، عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية، وذلك قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة: ٣٣].

<عودة> وجزاء السارق القطع فى الدنيا، والعذاب فى الآخرة، لقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم * فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم﴾ [المائدة : ٣٨، ٣٩].

والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية، ولا يتوب بعد عقابه إلا من كان مسئولا مسئولية أخروية.

وإشاعة الفاحشة ورمى المحصنات له عقوبة فى الدنيا وعقوبة فى الآخرة، حيث يقول جل شأنه : ﴿إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة﴾[النور:١٩]. ويقول: ﴿إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم * يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون * يومئذ يوفيهم الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين﴾ [النور: ٢٣ - ٢٥].

والزنا له عقوبتان أيضا إحداهما فى الدنيا والثانية فى الآخرة، فيقول الله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢]. ويقول : ﴿والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما* يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا* إلا من تاب وآمن وعمل عملا صالحا فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفورا رحيما﴾ [الفرقان: ٦٨ ٧٠].

وآكل أموال اليتامى معاقب عليه فى الدنيا والآخرة، وذلك قوله تعالى : ﴿وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوبا كبيرا﴾[النساء: ٢]. وقوله: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا﴾ [النساء: ١٠] .

وآكل الربا له عقوبتان الأولى فى الدنيا والثانية فى الآخرة، وذلك قوله تعالى: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه : ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى فى خرابها أولئك ما كان لهم أن يدخلوها إلا خائفين لهم فى الدنيا خزى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [البقرة: ١١٤].

والتولى عند الزحف له عقوبتان أيضا فى قوله تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار * ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير﴾ [الأنفال:١٥،١٦].

وللمرتد عقاب فى الدنيا وعقاب فى الآخرة فى قوله تعالى: ﴿ومن يرتدِدْ منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢١٧] .

وهكذا لا نكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية؛ وإن وجدنا شيئا من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى : ﴿أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون* أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلا بما كانوا يعملون* وأما الذين فسقوا فمأواهم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذى كنتم به تكذِّبون﴾ [السجدة: ١٨-٢٠].

وقوله: ﴿ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم* ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين﴾ [النساء: ١٣، ١٤]. وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بهذا المعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية .

ولم تشرع أحكام الشريعة الإسلامية للدنيا والآخرة عبثا، وإنما اقتضى ذلك منطق الشريعة. فهى فى أصلها تَعُدّ أن الدنيا دار ابتلاء وفناء، وأن الآخرة دار بقاء وجزاء، وأن الإنسان مسئول عن أعماله فى الدنيا ومجزى عنها فى الآخرة، فإن فعل خيرا فلنفسه، وإن أساء فعليها، والجزاء الدنيوى لا يمنع من الجزاء الأخروى إلا إذا تاب الإنسان وأناب .

أول ما يجب التنبيه إليه هو أن نصوص القرآن وأحكامه شاملة للأمور الدنيوية والأخروية؛ بل إن كل آية من آيات الأحكام فيها إذا كان يتفرع عنها حكم دنيوى فإنه يستنبط منه حكم تكليفى أخروى – ويكون الحكمان مرتبطين؛ ولهذا فإن مبدأ وحدة الشريعة فى الجانب الدنيوى والأخروى له نتائج مهمة سوف نتعرض لها فيما بعد.

يترتب على ذلك أن مسئولية الفرد عن أعماله لا تقتصر على مؤاخذاته أو مجازاته فى الدنيا؛ بل تمتد إلى المسئولية بعد البعث والحساب. وأكثر من ذلك فإن المسئولية فى الدنيا تؤثر على مسئوليته فى الآخرة، بمعنى أنه إن أدى ما يترتب على فعله فى الدنيا من جزاء فإن ذلك قد يكون توبة تخفف مسئوليته الأخروية؛ بل تقلب السيئة حسنة بأمر الله وعفوه ولطفه – وهو ما يشجع الفرد على عدم التهرب من المسئولية الدنيوية ومواجهة الجزاءات الجنائية طلبا للمغفرة. ولهذه القاعدة أثرها فى تطبيق الحدود مثلا؛ إذ إن تحملها يكون دليلا على نية التوبة خصوصا إذا تقبلها مرتكب الخطيئة أو سعى إليها باختياره معترفا بها. وكذلك جميع العقوبات الجنائية والاجتماعية التى تفرضها الشريعة؛ فهى ليست رد فعل ولا انتقاما ولا تخويفا أو زجرا فقط؛ بل إنها قبل كل شىء سبيل إلى التوبة فى الدنيا وسبب لها ووسيلة للغفران لتفادى الجزاء فى الآخرة.

وهذا يفسر توسعه فى ذكر أمثلة لما ورد فى الآيات القرآنية من الجمع بين الإشارة إلى الجزاء الأخروى والدنيوى معا. ويكفى أن نتأمل عبارات الآية (93) من سورة النساء بشأن جزاء القاتل فى الآخرة، والآية (178) فى سورة البقرة الخاصة بعقوبة القصاص فى الدنيا، وكذلك آية المائدة (رقم 33) بشأن الحرابة.

أشار إلى الآية رقم (19) فى سورة النور الخاصة بإشاعة "الفاحشة" على أنها فى نظره توضيح لعلة العقاب المقرر فى الآيات (٢٣–٢٥) من السورة نفسها التى تفرض الحد على قذف المحصنات الغافلات. وهذه الإشارة لا تكفى فى نظرنا، بل إن الآية (19) تقرر مبدأ عاما هو تحريم كل ما يترتب عليه إشاعة الفاحشة، وليست خاصة بالقذف وحده، وسنرى أن لهذا المبدإ تطبيقات عديدة وليس مقصورا على حد القذف أو حد الزنا.

والآيات الأخرى التى تشير إلى العقاب الأخروى بصراحة إنما يقصد بها النهى عن الأفعال التى يترتب عليها العذاب فى الآخرة، وهى لذلك تعد مصدرا لمبدإ عام يدخل ضمن الأحكام التكليفية، ومثالها الآيات (68–70) فى سورة الفرقان بشأن الزنا والقتل، والآيتان (١٠،٢) فى سورة النساء الخاصة بتحريم أكل أموال اليتامى ظلما، والآية (١١٤) فى سورة البقرة بشأن تعطيل المساجد والشعائر الدينية، والآيتان (15، 16) من سورة الأنفال بشأن تحريم الهروب من الجهاد والقتال يوم الزحف.. والآية (217) من سورة البقرة بشأن الردة".

إصلاح الفرد والمجتمع :

وهذه الأحكام التكليفية وأمثالها لما ينذر مرتكب أفعال معينة بالعقاب الأخروى تكملة آيات أخرى تفرض عقابا دنيويا أى جنائيا كحد الزنا والقذف والقصاص فى القتل وعقوبة الحرابة ... وما لا يرد نص بعقوبة الحد على مرتكبه يستحق فاعله التعزير يحاسب فعله معصية بشرط أن يرى القاضى أو المجتهد النص على جزائه، ونحو نرى أن النص يجب أن يكون سابقا على الفعل ويكون ذلك بالتقنين الذى يتولاه أهل الاجتهاد.

إن إضافته فى إيراد النصوص القرآنية التى تنذر مرتكبى المعاصى بالعقاب الأخروى، وما استنبطه من ذلك من أن شريعتنا لا تقر "القوانين الوضعية" التى تصدرها الدول دون ربطها بمصدرها الإلهى فى القرآن والسنة، هو من أهم الخصائص المميزة لشريعتنا لأنها دين وقانون وهى تعالج القصور فى القوانين الجنائية الوضعية، التى تتجاهل الحساب والعقاب فى الآخرة . أما إذا اقتصرنا على القوانين الوضعية، فقد يظن مرتكب الجريمة أنه إذا استطاع الإفلات من العقوبة الجنائية الوضعية فإنه يكون بذلك قد أفلت نهائيّا من كل حساب، وهذا هو ما يشجع الجناة على ابتكار الأساليب التى تمكنهم من تضليل العدالة أو التهرب من المسئولية، ظنا منهم أن المسألة القضائية هى كل ما يترتب على الجريمة، فى حين أن المؤمن بالبعث والنشور والملتزم بشريعتنا يضع فى اعتباره أن الخالق المدبر للكون سيبعثه ويحاسبه يوم القيامة عن كل أفعاله، ومن بينها تحايله وتهربه من المحاكمة الجنائية، بعَدِّ ذلك عدوانا على الشريعة ذاتها وتهربا من أحكامها .. ولابد أن يكون ذلك معصية فى ذاته، أى أن من يتلقى العقاب القضائى طائعا مختارا يكون موقفه فى الآخرة أفضل بكثير ممن تهرب منه، لأن هذا التهرب يضاعف له العقاب الأخروى. أما من عوقب جنائيا فى الدنيا فقد يُعَدّ ذلك توبة تعفيه من العقاب فى الآخرة، وقد يستحق المغفرة لهذا السبب .

ويشير الفقهاء إلى عَدِّ الجزاء فى الآخرة هو العامل الأكبر فى مقاومة الانحرافات أو الاتجاهات الإجرامية لدى الأفراد؛ لأن الجزاء الجنائى كثيرا ما يعمل المجرمون على تفاديه ويتحجون فى ذلك فلا يستطيع القضاء توقيع العقوبة لعدم معرفة الفاعل أو لعدم كفاية الأدلة، أو لوجود شبهة .

فعلى الأفراد المؤمنين بالحساب الأخروى أن يذكروا أن ذلك لن يعفيهم من العقاب فى الآخرة، بل قد يزيد فيه .

نهائية وأن الأصل هو الجزاء يوم الحساب :

واعتمادا على ذلك، فإن شريعتنا لا تجيز لمن يقومون بمقاومة الجرائم أن يستخدموا أساليب غير مشروعة كالتجسس أو انتهاك حرمات البيوت وأسرار المراسلات والمحادثات التليفونية، وأمثال ذلك لما تحرمه الشريعة والقوانين ولا يجوز لهم أن يبيحوا لأنفسهم ذلك بحجة الكشف عن الجرائم – وإذا حدث ذلك منهم فإنه يُعَدّ جريمة في ذاته، ولا يصبح معاقبة المتهم بناء على نتائج مثل هذه التدابير المحرمة وغير المشروعة.

ويستند الفقه في ذلك إلى قول رسولنا الكريم: "أيها الناس من ارتكب شيئا من هذه القاذورات (الجرائم) فاستتر فهو في ستر الله. ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد."

فالقضاء يختص بمعاقبة الجرائم التي تصل إلى علمه بطريق مشروع وأدلة مقبولة – أما غيرها، فقد تكفل الله سبحانه بالجزاء عنه. ولهذا السبب، فإن شريعتنا تدين المجاهرة بالمعصية، وتُعَدّ ذلك أمرا محرما، بل جريمة إشاعة للفاحشة في المجتمع. وعلى هذا الأساس، فإن شريعتنا تشدد العقوبات على الجريمة التي تقترن بقدر من الجهر والعلانية، وقد قال في ذلك إمامنا الشيخ/ محمد أبو زهرة[1]: "إن الإسلام يَعُدّ الجريمة المعلنة جريمتين، جريمة الفعل المحرم، وجريمة إعلانه... ذلك لأن ستر الجرائم من شأنه أن يجعل الإثم يتزوى ولا يظهر... وأن عدم التظاهر والإعلان تجعل نزعات الشر تضعف شيئا فشيئا... وأن الذين يعلنون الجرائم إنما يدعون إليها ويحرضون عليها بإعلانهم."

وهذا يؤيد ما قلناه بشأن اشتراط أربعة شهود رؤية لتوقيع الحد في جريمة الزنا، لأن رؤية الفعل بأربعة شهود دليل على المجاهرة بالفاحشة والعلانية الاستفزازية التي هي ظرف مشدد في تلك الجريمة، تستوجب توقيع الحد، وليس ذلك شرطا لثبوت ارتكاب الفعل ذاته الذى يكفي فيه الأدلة الإقناعية، وعقوبته تعزير إذا لم تثبت المجاهرة بالأدلة القانونية التي تستلزمها الشريعة لتوقيع عقوبة الحد، وهي الإقرار طواعية واختيارا، أو شهادة أربع شهود رؤية بالصورة المفصلة في كتب الفقه .

(1) يراجع كتابه في "العقوبة" البند 17 ص 26 .

عوده ١٢١ ـ أحكام الشريعة لا تتجزأ : وأحكام الشريعة لا تتجزأ ولا تقبل الانفصال، وليس ذلك فقط لما ذكرناه من أن التجزئة تخالف الغرض من الشريعة، وإنما لأن نصوص الشريعة نفسها تمنع من العمل ببعضها وإهمال البعض الآخر، كما تمنع من الإيمان ببعضها والكفر ببعض، وتوجب العمل بكل أحكامها والإيمان إيمانا تاما بكل ما جاءت به. فمن لم يؤمن بها ويعمل به، دخل تحت قوله تعالى : ﴿أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزى فى الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب﴾ [البقرة:٨٥].

والنصوص الواردة فى تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهُدَى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون* إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم﴾ [البقرة:١٥٩، ١٦٠]. والكتمان معناه العمل ببعض الأحكام دون بعضها الآخر-٧٣-، والاعتراف ببعضها وإنكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : ﴿إن الذين يكتمون ما أنزل الله من الكتاب ويشترون به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون فى بطونهم إلا النار ولا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم* أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة فما أصبرهم على النار﴾ [البقرة: ١٧٤، ١٧٥].

وقوله تعالى : ﴿أفغير دين الله يبغون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعا وكرها وإليه يُرجَعون﴾[آل عمران: ٨٣]. وقوله : ﴿ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يُقبَل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين﴾ [آل عمران : ٨٥].

المصدر تعليق "رقم-٧٣-": معنى الكتمان لغة وعرفا الستر، فمعنى الآية المباركة والتى بعدها حرمة كتمان ما أنزل الله من البينات، ولا تدل على النهى عن الإيمان ببعض الكتاب دون بعض.

ويمكن تقريب الاستدلال بهما على المنع من الإيمان ببعض الكتاب دون بعض بأن نقول إن الآيتين المباركتين كما تدلان على حرمة كتمان جميع الآيات المباركة تدلان على حرمة كتمان بعض الآيات مع عدم كتمان البعض الآخر، والكتمان ملازم للكفر، فالآيتان المباركتان تدلان على المنع عن الإيمان ببعض الآيات دون بعض .

ولما كان إنكار بعض الأحكام ملازما للبعد عن دين الله وابتغاء سواه لأن الدين عبارة عن مجموع الأحكام الإلهية، فإنكار بعضها ملازم للبعد عن الله سبحانه وعن أحكام الإسلام، فيتضح بذلك الاستدلال على حرمة إنكار بعض أحكام الشريعة وعدم العمل بها بالآيتين المباركتين الثانية والثالثة .

عوده

وقوله: ﴿وإذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه فنبذوه وراء ظهورهم واشتروا به ثمنا قليلا فبئس ما يشترون﴾ -٧٤- [آل عمران : ١٨٧].

وقوله : ﴿يأيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون في الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه يقولون إن أوتيتم هذا فخذوه وإن لم تؤتوه فاحذروا ومن يرد الله فتنته فلن تملك له من الله شيئا أولئك الذين لم يرد الله أن يطهر قلوبهم لهم في الدنيا خزي ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾[المائدة: ٤١]-٧٥- وقوله: ﴿فلا تخشوا الناس واخشون ولا تشتروا بآياتي ثمنا قليلا ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ [المائدة : ٤٤].

وقوله : ﴿إن الذين يكفرون بالله ورسله ويريدون أن يفرقوا بين الله ورسله ويقولون نؤمن ببعض ونكفر ببعض ويريدون أن يتخذوا بين ذلك سبيلا* أولئك هم الكافرون حقا﴾ [النساء: ١٥٠، ١٥١].

وقوله: ﴿وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم فيما آتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعا فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون * وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيرا من الناس لفاسقون* أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون﴾-٧٦- [المائدة : ٤٨ - ٥٠] .

الصدر تعليق "رقم-٧٤-": تقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة أن كتمان الكتاب بمعنى كتمان أحكامه، ولا فرق في الحرمة بين كتمان جميع الأحكام أو بعضها، فتكون الآية المباركة دليلا على ما يذكره المصنف.

الصدر تعليق "رقم-٧٥-": إن المستفاد من قوله سبحانه وتعالى في هذه الآية المباركة ﴿إن أوتيتم هذا فخذوه وإن لم تؤتوه فاحذروا﴾[المائدة: ٤١]، هو الايمان ببعض الكتاب دون بعض، والآية الكريمة صريحة في كفر من يقول ذلك وخروجه عن الإسلام. وأما الآية التي بعدها فهي صريحة في كفر من يؤمن ببعض الكتاب دون بعض .

الصدر تعليق "رقم-٧٦-": إن قوله سبحانه في هذه الآية المباركة ﴿واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك﴾[المائدة: ٤٩]، صريح في حرمة إنكار بعض ما أنزل الله .

عوده

وقوله: ﴿يأيها الرسول بلّغْ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغْتَ رسالته والله يعصمك من الناس إن الله لا يهدى القوم الكافرين* قل يأهل الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليكم من ربكم وليزيدنّ كثيرا منهم ما أُنزل إليك من ربك طغيانا وكفرا فلا تأس على القوم الكافرين﴾-٧٧- [المائدة : ٦٧، ٦٨] .

وقوله : ﴿وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله توابا رحيما * فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شَجَرَ بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما﴾ [النساء: ٦٤، ٦٥] .

١٢٢ـ *ميزات الشريعة* : وتمتاز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية بميزات عظيمة هى أن أحكامها شرعت للدنيا والآخرة. وهذا هو السبب الوحيد الذى يحمل معتنقيها على طاعتها فى السر والعلن والسراء والضراء؛ لأنهم يؤمنون بأن الطاعة نوع من العبادة يقربهم إلى الله، وأنهم يثابون على هذه الطاعة، ومن استطاع منهم أن يرتكب جريمة ويتفادى العقاب الدنيوى فإنه لا يرتكبها مخافة العقاب الأخروى وغضب الله عليه.

والشريعة تلزم معتنقيها أن يتخلقوا بالأخلاق الفاضلة، ومن تخلق بالأخلاق الفاضلة ندر أن يرتكب جريمة، وهم بعد ذلك يعلمون أن الله رقيب عليهم، ومطلع على أعمالهم، وأنهم مهما استخفوا من الناس فلن يستخفوا من الله وهو معهم أينما كانوا، وكل ذلك مما يدعو إلى قلة الجرائم، وحفظ الأمن وصيانة نظام الجماعة ومصالحها العامة، بعكس الحال فى القوانين الوضعية فإنها ليس لها فى نفوس من تطبق عليهم ما يحملهم على طاعتها، وهم لا يطيعونها إلا بقدر ما يخشون من الوقوع تحت طائلتها، ومن استطاع أن يرتكب جريمة ما، وهو آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه من ارتكابها من خلق أو دين، ولذلك تزداد الجرائم زيادة مطردة فى البلاد التى تطبق القوانين الوضعية، وتضعف الأخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات المستنيرة، تبعا لزيادة الفساد الخلقى فى هذه الطبقة، ولقدرة أفرادها على التهرب من سلطان القانون .

المصدر

تعليق "رقم-٧٧-": الآية المباركة لا يستفاد منها حرمة الإيمان ببعض الكتاب دون بعض، وإنما يستفاد وجوب تبليغ ما أنزل الله، وأنه يجب على أهل الكتاب تطبيق التوراة والإنجيل. وكذا الآية الأخيرة فإنه لا يستفاد منها ما أراده المصنف، وإنما هى تأمر ما يلزم إطاعة الله والاستغفار والمحاكمة إلى الرسول .

عوده وتفرض الشريعة على معتنقيها أن يؤمنوا بأنها من عند الله، وأنها أصلح نظام وأعدله، ومن ثم فهم لا يعدلون بها نظاما آخر-٧٨-، ويترتب على هذا ألا تجد مؤمنا بالدين الإسلامى يرضى بأى نظام مخالف له أو خارج عليه، كالشيوعية وما أشبه، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقياس المصلحة المادية العاجلة، فيستشرفون إلى كل نظام جديد، ويتطلعون إلى الأخذ بكل ما يرونه أفضل من نظامهم أو ما يمكنهم من الجاه والمال والسلطان، ومن ثم يعيشون غير مستقرين على مبدإ ولا نظام.

فمزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين وإيمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستمرار والثبات، وبث فى المحكومين روح الطاعة والرضاء، ودعاهم إلى التخلق بالأخلاق الكريمة، وجعل للشريعة قوة فى الردع ليست لأى قانون وضعى آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه.

الصدر تعليق "رقم-٧٨-": ويطبقون أحكامها مختارين حبا لها وإعجابا بها ورجاء لما يترتب على امتثالها من فوائد فى الدنيا وثواب الآخرة، وحذرا مما يترتب على مخالفتها من مفاسد فى الدنيا وعقاب فى الآخرة.

الشاوى رأينا فى "التعليقات أرقام-٧٣-٧٨-": نؤيد أقوال فقيهنا فى عمومها مع إضافة بعض التفصيلات – تراجع الحاشية .

إن المزج بين الأحكام الدنيوية والأخروية هو أساس خلود المبادئ القرآنية التي هى جوهر شريعتنا وأصولها والمميز الأساسى لها، بحسبانها ليست قانونا فقط بل هى دين قبل كل شيء .

إن ما يعرف بأصول الفقه إنما ينحصر موضوعه فى القواعد المتعلقة باستنباط الأحكام الفرعية من مصادرها الشرعية، لكن هذا لا يجوز أن يشغلنا عن العناية بالمبادئ العليا والمقاصد السامية التى يجب عَدُّها أصولا شرعية ثابتة للنظريات العامة المستمدة من النصوص الخالدة لشريعتنا (القرآن والسنة) والتى تربط الأحكام بتلك الأصول .

لقد أكد على مبدإ عدم جواز تجزئة الشريعة، أى عدم فصل أحكام الجرائم والعقوبات الدنيوية عن العقائد والقيم الأخلاقية التى تقررها النصوص "التكليفية"، لأن هذه العقائد والقيم والنظريات التى يبنى عليها هى أصول الشريعة وأساس يجمع أحكامها بما فى ذلك أحكام الجرائم والعقوبات، بجميع أنواعها .

ولهذا السبب، فإننا أشرنا فى مواضع متعددة إلى أنه لا يجوز الاكتفاء بنصوص القوانين الوضعية ووصفها بأنها تعازير.. لمجرد الادعاء بأنها "لا تخالف أحكام الشريعة" كما يقول فقهاء السلاطين الذين يريدون أن يسوِّغوا ما تسير عليه بعض الدول المعاصرة من الاكتفاء بتطبيق قوانينها الوضعية المستوردة من الخارج، وترفض تقنين الشريعة الذى يقصد منه ربط الأحكام الفرعية بمصادرها الشرعية فى الكتاب والسنة.

إننا نصر على وجوب تقنين التشريع الجنائى الإسلامى، لإرجاع جميع أحكامه إلى الأصول والمنابع الشرعية، والتوقف نهائيا عن استيراد نصوص أجنبية والاستغناء بها عن تقنين الفقه. والحكمة فى ذلك هى ما أشرنا إليه، وهو أن الأصل فى العقاب على الأفعال الإجرامية هو عَدُّها داخلة ضمن المعاصى التى تخالف "الأحكام التكليفية"، وبذلك يكون كل حكم تكليفى مبدأ عاما يمكن عَدّه أساسا لنظرية عامة هى التى نستند إليها فى تجريم الأفعال التى تضر المجتمع أو أفراده، وتستمد مشروعيتها من ذلك لا من استيرادها من قوانين أجنبية ولا من سيادة الدولة التى تصدرها .

لقد شرح لى أحد الأعضاء[1] الذين كانوا يعملون فى مساعدة لجنة إعداد القانون المدنى (الذى طبق منذ عام 1949) الطريقة التى سارت عليها اللجنة فى " وضع " مشروع

(1) هو الدكتور سليمان مرقص .

❁ النصوص المستوردة من الخارج لا يجوز عَدُّها تعزيرات ولو كانت "لا تخالف الشريعة"، لأنها لا تستمد من مصادر التشريع الإسلامي :

ذلك القانون المدنى، وأشار إلى مائدة وضع عليها عدة قوانين أجنبية، مثل القانون الفرنسى والألمانى والبولونى والسويسرى .. بل ومشروعات بعض القوانين التى لم تصدر، مثل ما يسمونه المشروع الفرنسى الإيطالى للالتزامات ...

وقال لى إن اللجنة كانت تختار أحسن النصوص من هذه القوانين الأجنبية جميعها – وذلك حسب تقديرها هى – دون أى إشارة إلى أنهم فكروا فى البحث فى الفقه الإسلامى عن أساس لما يماثل تلك النصوص المستوردة أو يغنى عنها ...

هذا هو ما لا ننكره. وقد انتقده كثيرون من المطالبين بالالتزام بالشريعة، وعارضوا المشروع لهذا السبب .

وهذه اللجنة التى انتقدنا مشروعها، كانت تُعَدُّ متقدمة بالنسبة لما اتبع فى إعداد القانون الجنائى المصرى، إذ إن من أعدوه اكتفوا بالرجوع إلى القانون الفرنسى، وإذا أرادوا التحرر منه رجعوا إلى ما قاله القضاء أو الفقه الفرنسى، وهذا كان فى نظرهم أقصى خطوات التقدم.

وعلى ذلك، فإن لجنة إعداد القانون المدنى قد خطت خطوات تقدمية أكبر بالنظر فى عدد كبير من القوانين الأجنبية، بدلا من الاكتفاء بالقانون الفرنسى .

أما نحن، فنطالب بخطوات أكثر أصالة وتقدما بأن تستمد الأحكام أولا وأساسا من فقهنا ومصادره الأصلية، ولا مانع بعد ذلك من مقارنتها بما توصلت له القوانين الأجنبية، وإذا وجد فيها ما يتفق مع ما توصل له فقهنا أو يكمله أو يحسنه، فإن باب "الاستحسان" وأمثاله من أساليب الاجتهاد مفتوحة للاستفادة منه. وهنا فقط يمكن القول بأن ما استنبطناه لا يخالف مبادئ الشريعة ولا أصولها ولا نظرياتها الأساسية ...

وميزة هذا الأسلوب الذى نقترحة هو أنه يفتح لنا المجال لكى نتأكد من أن نصوص التقنين الجنائى الإسلامى ستكون مستمدة من المبادئ والقيم الأخلاقية والأصول العقيدية لشريعتنا التى لا تقبل فصل القانون عن الأخلاق ولا عن العقيدة، ونكون بذلك مجتهدين ومستنبطين للأحكام، لا مجرد مترجمين أو ناقلين عن التشريعات الأجنبية .

الفرع الثانى
السنة

عود٥ ١٢٣ ـ تعريف السنة : هى ما أثر عن الرسول (ﷺ) من قول أو فعل أو تقرير. فالسنة على ثلاثة أنواع: سنة قولية، وسنة فعلية، وسنة تقريرية.

أولا : السنة القولية : هى أحاديث الرسول التى قالها فى مختلف المناسبات مثل قوله: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحصان، أو قتل نفس بدون نفس". وكقوله: "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا العقل". وكقوله فى عقوبة الزانى الذى لم يحصن: "البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام". وكقوله: "لا قطع فى ثمر معلق، ولا فى حريسة الجبل، فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن". وقوله: "من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه".

ثانيا: السنة الفعلية : هى أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة فى الزنا بعد الإقرار، وقطع اليد اليمنى فى السرقة، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى.

ثالثا : السنة التقريرية : هى ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره، أو بموافقته وإظهار استحسانه، فيُعَدّ عمل الصحابى أو قوله بعد أن أقره الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه. ومثل ذلك أن النبى لما بعث معاذا إلى اليمن سأله : بم تقضى؟ قال: أقضى بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيى. فأقره الرسول على ذلك حيث قال : "الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى رسول الله"-٧٩- .

الصدر تعليق "رقم-٧٩-": لا يثبت فقهاء المذهب الجعفرى على هذا الحديث لعدم ثبوت اعتباره عندهم لإرساله، لأن الراوى للحديث الحارث بن عمرو لم ينقل عمن أخذ منه الحديث، والحارث ضعيف لم يوثقه أحد من علماء الرجال. ويشهد لضعف هذه الرواية أن الحورقانى ذكر هذه الرواية فى الموضوعات وقال إنه حديث باطل. هذا مع أنه معارض بحديث آخر فى نفس الواقعة جاء فيه أن النبى (ﷺ) قال له: لا تقضين، ولا تفصلن إلا بما تعلم، وإن أشكل عليك أمر فقف حتى تتبينه. وكلا الحديثين فى واقعة واحدة، فلا يمكن الاعتماد على أى منهما. ولا يرى علماء المذهب الجعفرى صحة الاعتماد على الرأى فى مسألة لا دليل فيها، والاجتهاد المعتبر عندهم إنما هو فى فهم الحديث الشرعى من أدلته ولعله المراد من قول معاذ، أجتهد رأيى أى أجتهد رأيى فى فهم الحكم الشرعى من أدلته.

الشاوى رأينا أن "التعليق رقم-٧٩-": يتناقض فى نظرنا مع ما قاله سابقا من أن الفقه الجعفرى يَعُدّ العقل هو المصدر الرابع للأحكام الشرعية، والعقل هو الاجتهاد فى حديث معاذ – ومع ذلك فإنه يمكن الجمع بين القولين على اعتبار أن العقل فى الاجتهاد لا يستمد الأحكام من فراغ، بل إن مهمته هى أن يستنبط الحكم من النظريات والمبادئ العامة فى الشريعة – فى حالة عدم توافر نص خاص فى =

١٢٤ ـ مركز السنة من القرآن: القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامى، وأساس هذا التشريع. والسنة هى المصدر الثانى، وتلى القرآن فى المرتبة.

وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعدو أن تكون واحدا من ثلاثة :

الأولى : فهى إما أن تكون سنة تقرر وتؤكد حكما جاء به القرآن، فيكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معا، كتحريم القتل بغير حق، وشهادة الزور، والسرقة، وغير ذلك من الأوامر والنواهى التى جاء بها القرآن والسنة.

الثانى : وإما أن تكون سنة مفصلة مفسرة حكما جاء به القرآن مجملا، أو مقيدة ما جاء فى القرآن مطلقا، أو مخصصة ما جاء فيه عامّا، فيكون هذا التفسير أو التقييد أو التخصيص الذى جاءت به السنة بيانا للمقصود من الحكم الذى جاء به القرآن، لأن الله جعل لرسوله حق البيان لنصوص القرآن بقوله: ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نُزِّل إليهم﴾ [سورة النحل: ٤٤]. فالسنة هى التى فصلت كيفية إقامة الصلاة والحج وإيتاء الزكاة؛ لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة، وإيتاء الزكاة، وحج البيت، ولم يبين عدد الركعات، ولا كيفية الصلاة، ولا مقادير الزكاة، ولا مناسك الحج.

والسنة هى التى قيدت وخصصت كثيرا من أحكام القرآن. فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا، والسنة هى التى بينت بيوع الربا. ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم. والسنة قيدت هذا الإطلاق، وخصصت التحريم وبينت ما يحل من أنواع الميتة والدم. ونصوص القرآن جعلت الميراث للأولاد، والسنة منعت ميراث القاتل. والقرآن يعاقب السارق والسارقة بالقطع، والسنة منعت القطع إلا فى ربع دينار فصاعدا، ومنعت القطع إلا فى السرقة من حرز .

الثالث : وإما أن تكون سنة مثبتة حكما سكت عنه القرآن، فيكون الحكم أساسه السنة وليس له دليل فى القرآن، كقول الرسول : "لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها".-٨٠- وكقوله فى تحريم الذهب والفضة : "هذان حراما على رجال أمتى حلالان لنسائها". وكقوله : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" .

= الموضوع الفرعى – وهذا ما يؤيد ما نقوله بأن التنظير أصبح ضروريا كأساس للاجتهاد فى عصرنا وفى المستقبل لتزويد الفقه بالأحكام الضرورية فى الموضوعات المستجدة .

المصدر تعليق "رقم-٨٠-": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى هو اختصاص الحكم بما إذا لم تأذن العمة والخالة، واستندوا فى ذلك إلى أخبار معتبرة منها ما روى عن الإمام محمد بن على الباقر(ع) أنه قال: إنما نهى رسول الله عن تزويج المرأة على عمتها وخالتها إجلالا للعمة والخالة، فإذا أذنت فى ذلك فلا بأس.

وهذه الرواية تكون مفسرة للرواية التى أشار إليها المؤلف ومخصصة لها بصورة عدم إذن العمة والخالة.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٨٠-": هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية .

ثلاثة أقسام: أ – سنة متواترة. ب – سنة مشهورة. ج – سنة آحاد.

(أ) – السنة المتواترة: هي ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراده على كذب؛ لكثرتهم وأمانتهم، ثم رواه عن الجمع جمع مثله، وعن هذا الجمع جمع آخر، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواته جمع لا يتفقون على كذب من مبدإ التلقي عن الرسول حتى وصلت السنة إلينا. ومن هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التي تلقاها المسلمون جمعا عن الرسول، ولقنوها جمعا أخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار.

(ب) – السنة المشهورة: هي ما رواها عن الرسول صحابي أو أكثر دون أن يبلغ الرواة حد التواتر، ثم نقلها من الراوى أو الرواة جمع من جموع التواتر وتناقلها عن هذا الجمع جموع أخر حتى وصلت إلينا بسند أو طبقة فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر، وباقى طبقاته من جموع التواتر. ومن هذا القسم ما رواه عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهما من الصحابة-٨١-.

(ج) – سنة الآحاد-٨٢-: هى ما رواها عن الرسول آحاد أو جمع لم يبلغ حد التواتر وتناقلها عن هؤلاء أمثالهم من الآحاد أو الجموع التي لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقات الرواة فيه آحاد أو جموع لا تبلغ حد التواتر. ومن هذا القسم معظم الأحاديث.

١٢٦ ـ هل السنن قطعية أو ظنية؟ : السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم بصدق الرواة، والسنة المشهورة قطعية الورود عن الرسول، لأن من تلقاها عن الرسول ليس جمعا من جموع التواتر، ولأن من تلقاها عن الصحابي جمع من جموع التواتر، وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول.

والسنن جميعا قد تكون قطعية الدلالة، وهذا إذا كانت لا تحتمل تأويلا، وقد تكون ظنية الدلالة، وهذا إذا كانت تحتمل التأويل.

الصدر | تعليق "رقم-٨١-": ليس من قسم المتواتر جميع ما يروى، وإنما هو خصوص ما تواتر عنهما فى جميع الطبقات.

الصدر | تعليق "رقم-٨٢-": ويمكن تقسيم هذا القسم إلى قسمين:
الأول: ما رواه عن النبي (ﷺ) جماعة لم تبلغ حد التواتر، ورواه عنهم مثلهم فى كل طبقة حتى وصل إلينا، ولنسمها بالسُّنة المستفيضة (المستفيضة).
الثانى: ما لم يبلغ الاستفاظة (الاستفاضة) فى جميع الطبقات أو فى بعضها ولنسمها سنة الآحاد.
ويمكن تقسيم كل منهما إلى قسمين: الأول: ما كان محفوفا بقرائن تشهد بصحته.
الثانى: ما لم يكن كذلك.

الشاوى | رأينا فى "التعليقين-٨١-،-٨٢-": تحديد كل هذه الأقسام خاضع للاجتهاد والخلاف – تراجع الحاشية.

التى قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح، تُعَدّ حجة ملزمة للمسلمين، ومصدرا تشريعيًا واجب الاتباع، سواء كانت قطعية الورود أو ظنية الورود. فالسنة المتواترة واجبة الاتباع، لأن ورودها عن الرسول مقطوع به، والسنة المشهورة وسنة الآحاد واجبة الاتباع – وإن كانت ظنية الورود عن الرسول؛ لأن هذا الظن راجح-٨٣- بما توافر فى الرواة من العدالة والإتقان.

وقد عُدّت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك-٨٤-، فالله تعالى يقول: ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول﴾[النساء:٥٩]. ويقول: ﴿وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ولو ردّوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾ [النساء:٨٣].ويقول: ﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾ [النساء:٨٠] ويقول: ﴿وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله﴾ [النساء: ٦٤] ويقول ﴿: قل أطيعوا الله والرسول﴾ [آل عمران:٣٢]. ويقول ﴿: قل إن كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله﴾ [آل عمران: ٣١].

الصدر　تعليق "رقم-٨٣-": لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على الظن وإن كان راجحا ما لم يقم على اعتباره دليل بالخصوص، لنهيه سبحانه وتعالى عن الظن فى كتابه، فقد قال سبحانه فى سورة الأنعام ١١٦، وفى سورة يونس ٦٦ : ﴿إن يتبعون إلا الظن وإنْ هم إلا يخرصون﴾، ولقد قال سبحانه وتعالى فى سورة النجم ٢٨ : ﴿وما لهم به من علم إن يتبعون إلا الظن وإن الظن لا يغنى من الحق شيئا﴾. كما نهى الله سبحانه عن الاعتماد على غير العلم، فقد قال تعالى فى سورة الأعراف ٣٣ : ﴿قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق وأن تشركوا بالله ما لم ينزّل به سلطانا وأن تقولوا على الله مالا تعلمون﴾ . وقال سبحانه فى سورة يونس ٥٩ : ﴿قل آلله أذن لكم أم على الله تفترون﴾ ؟!

الصدر　تعليق "رقم-٨٤-": إن اعتبار السنة من لوازم الإيمان بنبوة النبى (ﷺ) وعصمته، أما الآيات التى سيذكرها المصنف فإن أكثرها مختصة بالسنة القولية ولا يشمل شيء منها السنة بمعنى التقرير .

الشاوى　رأينا فى "تعليقى-٨٣-،-٨٤-": يتحفظ السيد الصدر على قول فقيهنا بأن السنة ظنية الورود تكون ملزمة، ويقرر أن فقهاء المذهب الجعفرى لا يجيزون الاعتماد على الظن وإن كان راجحا – إلا إذا قام على اعتباره دليل (اجتهادى) . وهذا قول مقبول فى نظرنا يمكن أن يحل مشكلات كثيرة تنشأ عن الاختلاف فى حجية السنن ظنية الورود.

عوده ويقول: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾ [الأحزاب:٣٦].ويقول: ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ [الحشر:٧].

فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن، وقد أجمع الصحابة فى حياة الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته، فكانوا فى حياته يمضون أحكامه، ويمتثلون أمره ونهيه، يحلون ما أحل، ويحرمون ما حرم . وبعد وفاته كانوا إذا لم يجدوا فى القرآن حكم أى واقعة نزلت بهم سألوا عن سنة الرسول فيها. وكان أبو بكر إذا لم يحفظ سنة فى واقعة ما، خرج ينشد المسلمين أيهم يحفظ سنة عن النبى فى تلك الواقعة. كذلك كان يفعل عمر وغيره من الصحابة والتابعين-٨٥-.

الصدر تعليق رقم-٨٥-": مر عليك قريبا أن فقهاء المذهب الجعفرى لا يستندون إلا إلى فعل المعصوم ولا يحتجون بفعل غيره، وإن كان صحابيا، فلا يمكن الاستدلال يعمل أبى بكر وعمر إذ لم يدَّعِ أحد من المسلمين العصمة لهما .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٨٥-": يصر على أن مذهبهم يلتزم فقط بما ورد عن الأئمة المعصومين من آل البيت دون غيرهم من الصحابة - وقد سبق أن بينا أن رأينا هو أن آراء الصحابة جميعا لها قيمتها بحسبانها اجتهادات تستمد حجيتها من الثقة التى يوليها المسلمون للصحابة بسبب قربهم من عهد الرسول (ﷺ)، ومع ذلك فليس لها قوة الإلزام مثل سنة الرسول الكريم.
كما أن أهل السنة والجماعة لا يعترفون بالعصمة إلا للرسل والأنبياء دون غيرهم .

المذاهب واختلاف الآراء والفتاوى :

لا تنحصر السنة فى الأقوال التى صرح بها رسولنا الكريم؛ بل تشمل أفعاله الثابتة، ونلاحظ أن جميع الأمثلة التى أشار إليها للسنة القولية والعملية موضوعها تطبيق عقوبات الحدود .

أما الصورة الثالثة للسنة، فهى مجرد تقريره أو قبوله لأمر صدر من غيره فى حضوره، والمثل الوحيد الذى أشار إليه موضوعه هو تقرير مبدإ وجوب الاجتهاد كمصدر للأحكام الشرعية وهو ما تضمنه حديث معاذ بن جبل .

* * *

القرآن الكريم يسلم الجميع بأنه قطعى الورود، لأنه كتب وحفظ فى حياة الرسول الأمين؛ بخلاف السنة فإن رواياتها وتسجيلها لم يبدأ إلا بعد وفاته، بل ربما لم يتم ذلك بصورة جدية إلا بعد مرور فترة من وفاته صلى الله عليه وسلم، ولذلك فإن قطعية الثبوت مقصورة على بعض السنن؛ ولذلك قُسمت إلى ثلاثة أنواع متفاوتة – أقواها السنن المتواترة ثم المشهورة، وآخرها ما يسمى بسنن الآحاد .

وهناك جدال كبير حول ثبوت بعض السنن، مما أدى إلى خلافات عديدة فى مدى حجيتها، ولا يمنع ذلك من تأكيد مبدإ الالتزام بالسنة، الذى تفرضه النصوص القرآنية .

والسنة قد تكون قطعية الدلالة أو ظنية – وكذلك القرآن – وهذا أساس كثير من الخلافات الفقهية وتعدد المذاهب والآراء .

من المتفق عليه لدى كثيرين قَصْر حجية السنة على ما كان منها قد قصد به التشريع، وما قام الدليل على صحة وروده. ويرى كثيرون أن سنن الآحاد واجبة الاتباع برغم أنها ظنية الورود، وهذا يثير كثيرا من الخلافات بين المذاهب والأئمة وأهل الاجتهاد. ونصوص القرآن التى توجب طاعة الرسول الكريم هى الأساس القرآنى للالتزام بالسنة، مع ملاحظة التفصيلات المشار إليها .

وعلم السنة واسع يمكن الرجوع إليه فى مصادره المعروفة، لذلك لا نستطيع التوسع فى بحثها فى هذا المجال .

عوده ١٢٨ ـ هل تُعَدّ كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ؟ : أفعال الرسول وأقواله على أنواع : فمنها ما صدر منه بصفته بشرا كالقيام والقعود والأكل والشرب، ومثل هذه الأفعال لا تُعَدّ تشريعا-٨٦-؛ لأنها صدرت عن الرسول بمقتضى بشريته وليست جزءا من رسالته.

وبعض الأفعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد، كالزواج بأكثر من أربعة-٨٧-، ودخول مكة بغير إحرام، والوصال فى الصوم. وهذه أيضا لا تُعَدّ تشريعا؛ لأنها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره.

وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشئون الدنيوية، كالاتجار والزراعة وتنظيم الجيوش، وهذه الأفعال وأمثالها ليست تشريعا أيضا؛ لأن مبناها الخبرة الشخصية، والرسول نفسه كان لا يَعُدّ هذه الأفعال تشريعا. فقد أشار على بعض الصحابة بتأبير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به-٨٨-، فعدل عن رأيه وقال:

الصدر تعليق "رقم-٨٦-": ولكنها تصلح دليلا على الجواز..

الشاوى رأينا فى "تعليق-٨٦-": يقول السيد الصدر إن أعمال الرسول وأقواله كبشر لا تُعَدُّ سنة أو مصدرا للتشريع، لكنها فى نظره تصلح دليلا على الجواز. ونحن لا نوافق على ذلك لأن الجواز لا يحتاج إلى دليل من السنة أو غيرها، إذ الأصل فى الأشياء الإباحة – وهذا مبدأ أصيل من مبادئ الفقه.

الصدر تعليق "رقم-٨٧-": لم يتزوج النبى (ﷺ) بعد أن نزلت الآية المباركة بتحديد الزواج بأربعة، وإنما كان زواجه بجميع نسائه قبل ذلك. والشىء الذى خص الله به نبيه هو أنه أباح لنبيه (ﷺ) الإبقاء على جميع نسائه وألزم من كان عنده من المسلمين أكثر من أربعة أن يقتصر على الأربعة، وذلك لأن نساءه (ﷺ) أمهات المؤمنين، فلا يجوز لهن التزوج بسواه ولا يجوز لغيره التزوج بهن، فلو فارقهن (ﷺ) لشق ذلك عليهن وقد لا يجدن من يعولهن لاسيما مع وجود أولاد لهن .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٨٧-": نحن نؤيد ملاحظته من أن رسولنا الكريم لم يتزوج بأكثر من أربعة نساء بعد نزول الآية التى تحدد الزواج بأربع – وكل ما اختص به هو عدم التزامه بتسريح زوجاته فيما يزيد على أربع لأن القرآن حرم على زوجاته أن يتزوجن بغيره إذا سرحهن أو مات عنهن.

الصدر تعليق "رقم-٨٨-": إن إشارة النبى (ﷺ) بتأبير النخل وإن لم يكن تشريعا إلا أنه (ﷺ) الإنسان الكامل فلا يشير إلا بما هو نافع، لأنه (ﷺ) لا يخفى عليه ما هو الصلاح ولو كان لا يعلم ما هو الصلاح فلم يكن يشير بتأبير النخل .

أما الرواية المذكورة فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم ثبوت اعتبارها. ولو سلمنا اعتبارها سندا فلا يمكن الاعتماد عليها لأنها تنسب النقص إليه (ﷺ) . =

عوده "أنتم أعلم بأمور دنياكم". وفى موقعة بدر أراد أن ينزل بالجيش فى مكان معين، فقال له أحد الصحابة: أهذا منزل أنزلكه الله، أم هو الرأى والحرب والمكيدة؟ قال: "بل هو الرأى والحرب والمكيدة". فأشار الصحابى بإنزال الجنود فى مكان آخر لأسباب بينها فأخذ الرسول بمشورته.

أما الأقوال والأفعال التى صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والإرشاد، فهى تشريع ملزم. ومثل ذلك قوله: "صلوا كما رأيتمونى أصلى". وقوله: "خذوا عنى مناسككم". وكقطعه يد السارق اليمنى من الكوع،-٨٩- بيانا لقوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]. وكأمره بدفن المرجوم والصلاة عليه حينما سئل عن ماعز فقال: "افعلوا كما تفعلون بموتاكم". وكاختياره سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد إقامة الحد.

= وأما الرواية الثانية فإنه إذا ثبت اعتبارها فإن عدوله عن المكان الذى كان فيه ليس لأنه ظهر لديه فساد رأيه لما أشاروا إليه فرآه من عدم إمكان ذلك لأنه (ﷺ) منزه عن النقص وإنما هو مجاراة لأصحابه تشجيعا لهم على الحرب وتقوية لروح الفداء فيهم.

الشاوى رأينا فى "تعليق ٨٨ ": فيه توسع فى مقتضى مبدأ العصمة لا لزوم له – فى نظرنا لأن الله سبحانه أكد مرارا أن الرسول (ﷺ) بشر، وهذا يجعل العصمة محصورة فيما يتعلق بتبليغ الرسالة سواء عن طريق الوحى القرآنى أو السنة التشريعية فلا تشمل مجرد الأعمال البشرية من النوع الذى أشار له فقهيا كتأبير النخل أو اختيار موقع الجيش وسلاحه .. إلخ.

السلمى تعليق "رقم-٨٩-": الرأى السالك عند فقهاء المذهب الجعفرى هو لزوم القطع من رؤوس الأصابع تبعا لسيرة أمير المؤمنين (ع) الثابتة عندهم بالأخبار المعتبرة. ويروى سيرة أمير المؤمنين هذه فى الشافعى فى الجزء السابع من كتاب الأم ص ١٨٢ ﴿وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله احدا﴾ [الجن: ١٨]، بناء على ما صرح به بعض المفسرين من أن المراد بالمساجد هنا المساجد السبعة التى يجب السجود عليها ومنها الكف، ولما كانت الأكف لله فكيف تقطع يا ترى؟!

وأما ما نقله المصنف عن سيرة النبى (ﷺ) من قطع اليد من الكوع فلم يثبت عند فقهاء المذهب الجعفرى بل الثابت خلافه، لأن الثابت من سيرة أمير المؤمنين قطع الأصابع كما مر آنفا، ولم يكن أمير المؤمنين ليخالف سيرة رسول الله (ﷺ)، ولم يختص فقهاء المذهب الجعفرى بهذا الرأى بل وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم كما صرح بذلك ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٨٩-": يقدم السيد الصدر أدلة قوية على أنه لا يجوز قطع الكف فى حد السرقة – وأن القطع يقتصر على "رءوس الأصابع" فقط، وهذا موضوع يتعلق بحد السرقة ولابد أن نعود إليه فيما بعد.

عوده ومثل ذلك أيضا ما روى عنه من أن أم سلمة سألته عن قبلة الصائم، فقال لها: "لِمَ لَمْ تقولى لهم إنى أقبل وأنا صائم!". ولما سألته عن بلِّ الشعر فى الاغتسال قال: "أما أنا فيكفينى أن أحثو على رأسى ثلاث حثيات من ماء". ولقد اختلف الصحابة فى الغسل من غير إنزال فأنفذ عمر إلى عائشة رضى الله عنها وسألها عن ذلك؛ فقالت : فعلته أنا ورسول الله واغتسلنا. فأخذ عمر الناس بذلك. وكان عمر يقبل الحجر الأسود فى طوافه ويقول: إنى أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع، ولولا أنى رأيت رسول الله يقبلك ما قبلتك. ولولا أن فعل رسول الله وقوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله وقوله-٩٠- .

الصدر تعليق "رقم-٩٠-": إن من لوازم الإيمان والإسلام لزوم اتباع رسول الله فى جميع أقواله وأفعاله ولا يحتاج إلى الاستدلال إلى عمل الصحابة .

ثم إن ما صدر منه (ﷺ) بقصد تعليم الأمور اللازمة وبيانها فيلزم على المسلمين اتباعه، وما صدر منه (ﷺ) بقصد بيان الأمور المستحبة وتعليمها، فيستحب اتباعه والاقتداء به.

وأما لو أشكل الأمر ولم يعلم أنه (ﷺ) كان قاصدا بيان الأمور الواجبة أو قاصدا بيان الأمور المستحبة، فإن أمر(ﷺ) باتباعه فى فعله والاقتداء به كما فى قوله (ﷺ): "صلوا كما رأيتمونى أصلى، وحجوا كما رأيتمونى أحج"، فيجب حينئذ اتباعه والسير فى خطاه، وأما فى مقام لم يأمر (ﷺ) باتباع فعله، ولم يعلم مراده بيان الفعل الواجب أو المستحب، فلا يثبت بفعله الوجوب ولا يثبت أكثر من رجحان الفعل الذى أتى به، لأنه (ﷺ) كما كان يأتى بالواجبات كان يأتى بالمستحبات.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٠-": يخفف من أثر قوله السابق (الذى اعترضنا عليه فى تعليقه رقم ٨٨) بشأن ما يصدر عن الرسول لما لا يعد تشريعا – فهو هنا يقول بأنه صلى الله عليه وسلم كان يأتى بالمستحبات وليس بالواجبات فقط...

وأن نطاق الواجبات محدود فى الحالات التى صرح فيها بالوجوب .

هناك إجماع على أن بعض ما نقل عن رسولنا من أفعال لا تُعَدُّ تشريعا لنا لأنها من خصائصه صلى الله عليه وسلم ... وقد ذكر فقهينا أمثلة منها لكنها ليست على سبيل الحصر ... لما أوجد خلافات بشأن نطاق هذه الأفعال، وهذا موضوع علم الحديث والسيرة النبوية.

أهم من ذلك أن ما قام به صلى الله عليه وسلم من أفعال تقتضى إنسانيته أو خبرته بالشئون الدنيوية لا تُعَدُّ تشريعا لأن غيره قد يكون أكثر منه خبرة بها، وقد أكد ذلك قوله: "أنتم أعلم بشئون دنياكم".

وقد أشار السيد الصدر فى تعليقه رقم-89- على هذا البند (يراجع) إلى أن الشيعة الجعفرية لا يرون قطع اليد فى حد السرقة لأن أمير المؤمنين سيدنا على يرى أن القطع من رءوس الأصابع – كما يراه الشافعى فى كتاب الأم الجزء السابع ص 182 – واحتج بقوله تعالى: ﴿وأن المساجد لله ...﴾ [الجن: 18]. وقال إن ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد ذكر أنه وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم ..

ونتمنى أن يتطوع أحد الباحثين بدراسة هذا الموضوع عند دراسة حد السرقة فى القسم الخاص – ونرجو أن يأخذ فى حسبانه أن قطع الأيدى ورد مرتين فى سورة يوسف – بمعنى إصابة اليد بجروح فى قصة النساء اللاتى قطعن أيديهن.

الفرع الثالث

الإجماع

<ع و د ه> ١٢٩ - تعريف الإجماع : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى -٩١-.

[المصادر] تعليق "رقم-٩١-": كما فسره بعضهم، أو اتفاق جميع الأمة كما عن آخر، أو اتفاق أهـــل الحل والعقد كما عن ثالث، أو اتفاق أهل الحرمين كما عن رابع أو اتفاق أهل المصرين البصـــرة والكوفة كما عن خامس. وعن مالك أنه اتفاق أهل المدينة. وربما ذهب بعضهم إلى أنـــه اتفاق الشيخين أو الخلفاء الأربعة. وفى بعض المذاهب الإسلامية فسر الإجماع بأنه اتفاق خصوص مجتهديهم، إلى ما هنالك من أقوال فى بيان تحقيق موضوع الإجماع. وأما عند الشيعة الإماميـــة فالإجماع المعتبر عندهم هو اتفاق جماعة يكشف اتفاقهم عن رأى إمام معصوم، قلت هذه الجماعة أو كثرت.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-٩١-": يشير إلى آراء مختلفة عديدة فى تعريف "الإجماع"، ويضيف أن الإجماع المعتبر عند الجعفرية هو اتفاق أى جماعة (قليلة أو كثيرة) إذا كان يكشف عن رأى معصوم. هـــذه التعريفات المختلفة ليست متناقضة فى نظرنا بل تشير إلى أنواع متعددة من الإجماع – وهى فى نظرنا قسمان :

الأول هـــو الإجماع المطلق – وهو اتفاق جميع الأمة أو جميع ممثليها (سواء وصفوا بأنهم أهل الحل والعقد أو المجتهدون الذين تنتجهم هذه الصفة ليمثلوها فى مجال الاجتهاد الجماعى) فى جيل معين. القســـم الثـــانى يشمل ماعدا ذلك مما ذكره وكلها تدخل فى نطاق الإجماع النسبى الخاص بإقليم معين – أو مذهب – أو جيل معين (مثل الصحابة أو الشيخين).

وجميـــع صـــور الإجماع النسبى المشار إليها فى التعليق رقم -٩١- هى فى نظرنا من نوع الإجماع النسبى الذى ينقل أو يصدر حكما مستمدا من اجتهاد أو مصدر شرعى سابق عليه. بـــل نرى أن الإجماع المطلق الذى تتفق عليه الأمة جميعها أو جميع من يمثلونها من أهل الحل والعقد أو أهـــل الاجتهاد – إنما يكشف عن حكم مستمد من الكتاب أو السنة أو الاجتهاد ... (وإن كان اجتهاد أحد الأئمة أو جماعة من أهل الذكر أو أهل العلم) لأن الإجماع لا بد له من سند. لـــذلك فإننا نذكّر برأينا الذى عرضناه فى تعليقاتنا على هذه البنود (١٢٩ وما بعده) بشأن درجـــات الإجمـــاع ودوره فى إصدار الأحكام المستمدة من مصدر شرعى سابق عليه – مع مراعاة وجود اختلاف فى المصادر الشرعية.

ومناقشة اتجاهاتهم :

ما جرى عليه العمل من وصف الإجماع بأنه اتفاق المجتهدين يمكن الاعتراض عليه بما ورد في الأحاديث من نسبة الإجماع إلى الأمة كلها، وقد أوردها فقيهنا في البند-١٣١-.

وتفسيرنا لذلك هو أن المجتهدين يمثلون الأمة في الإجماع وفي الاجتهاد، لأن جمهور الأمة هو الذى يعترف للفقيه بصفة مجتهد، وهذا الاعتراف بذاته يُعَدّ تفويضا لهم ليمثلوا الأمة في نطاق التشريع، سواء في الإجماع أو التقنين أو الاجتهاد. ونظرا لتطور الظروف وتقدم سبل الاتصال فيمكن أن تختارهم الأمة بالانتخاب — حتى تتاح للجماهير فرصة استبعاد من لايثقون فيهم ويسمونهم عادة "فقهاء السلاطين" الذين يفقدون ثقة الجماهير بسبب تقربهم من الحكام المستبدين أو المغتصبين ولا يعتزون باستقلال الشريعة عن الدولة ومن يمثلها.

وقد أشرنا في كتابنا "فقه الشورى"[1] إلى "أن وصول المرء إلى مرتبة الاجتهاد لم يعرف في تاريخنا بتولى منصب من مناصب الدولة ولابالحصول على اللقب من هيئة رسمية أو بشهادة دراسية من مؤسسة علمية أو دينية رسمية أيا كانت — إنما عرف المجتهدون بإقرار جمهور الناس وجمهور العلماء، أى بشهادة الرأى العام لهم بذلك".

ومعنى ذلك أن جمهور الأمة هو الذى يمنح للفقيه صفة المجتهد؛ وهذا هو الذى يفسر لنا ما جرى عليه كثير من الباحثين من نسبة الإجماع إلى المجتهدين، ولايكون ذلك متعارضا مع نسبة الإجماع للأمة.

ونحن نفضل أن ننسب الإجماع للأمة لا للمجتهدين، لأنها هى التى منحتهم هذه الصفة وهذا التفويض،[2] فهم يمثلونها ويعملون لحسابها وباسمها لا باسم الدول ورؤسائها ولا باسم هيئة دينية أو طائفة معينة.

---

(1) يراجع كتابنا فقه الشورى والاستشارة البند (38) .

(2) ونرى أنه في المستقبل إذا أردنا تنظيم مجلس للاجتهاد أو الإجماع، فإنه يجب أن تتاح الفرصة للجماهير ذاتها لتختار من بين العلماء من تثق في أنهم مستقلون فعلا عن السلاطين وأشباههم وتمنحهم هى صفة الاجتهاد — وذلك يذكر القراء بأن الأئمة الذين رفضوا تولى القضاء رغم إلحاح بعض الخلفاء والسلاطين إنما أرادوا بذلك الاحتفاظ بثقة العامة التى كانت تكره السلاطين أو الخلفاء الذين استولوا على السلطة بالغلب والقوة ولم يلتزموا بالشورى ولا تثق بفتاوى من يخالطونهم أو يعاونونهم — وأن العامة عندما منحت صفة الإمامة للفقهاء الذين حافظوا على استقلالهم إزاء أصحاب السلطة قد راعت في ذلك ما اتصفوا به من عدم التقرب لحكام الجور وعدم إقرارهم لولايتهم .

يضاف لذلك ما أشرنا إليه فى بحثنا فى فقه الشورى من أن المجتهدين لايختصون بعملية الاجتهاد ولاينفردون بها لأنهم يعرضون آراءهم فى دروسهم بالمساجد المفتوحة للجماهير ويحضرها العامة والعلماء والتلاميذ ويناقشونهم فيها - وبذلك يكون للجمهور دور فى مناقشة الاجتهادات التى تنسب لهؤلاء العلماء، بل وفى الرقابة عليهم للتأكد من أن آراءهم لاتخدم ذوى السلطة أو الأمراء أو السلاطين.

لكن إجماع الأمة كلها ليس هو الصورة الوحيدة للإجماع، فكل جماعة من جماعات الأمة مهما صغرت يمكن أن تتخذ قرارا بالإجماع. ولكن الجماعات التى تتكون منها الأمة يكون إجماعها نسبيا لأن أثره يكون محدودا فى نطاقها، ولايجوز أن ينسب إلى الأمة كلها - فهو إجماع نسبى - مثل إجماع الشيعة على عصمة الأئمة، أو إجماع أهل السنة على غير ذلك، أو إجماع شعب من الشعوب الإسلامية على اختيار مذهب أبى حنيفة كما هو الحال فى الدولة العثمانية وفى مصر حاليا. وهكذا.

فالإجماع كما هو واضح من حيث نطاقه قسمان إجماع كامل مطلق يشمل الأمة كلها، ونسبى يخص إحدى الجماعات أو أحد الشعوب المكونة لها.

وهناك تقسيم آخر أشار إليه فقيهنا وهو التمييز بين الإجماع المطلق ومايسمى إجماع الجمهور، أى أغلبية الأمة وأغلبية الشعب أو الجماعة. وهذا يعنى القرار الملزم الصادر عن أغلبية فى الأمة أو الشعب أو الجماعة.

وأهمية هذه التقسيمات أن كل إجماع منها يمكن تعديله أو إلغاؤه بإجماع مماثل له من حيث نطاقه أو الأغلبية اللازمة له.

* * *

وهناك تشابه وتداخل بين الإجماع والاجتهاد. فالأصل أن الإجماع مصدر للأحكام الشرعية يلى فى الأهمية الكتاب والسنة، ويليه الاجتهاد (أو القياس أو غيره من المصادر المختلف عليها التى نَعُدّها صورا من الاجتهاد مثل المصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب .... وهكذا) .

ومعنى ذلك أن الإجماع مصدر منشئ للأحكام فى الموضوعات التى لايوجد لها حكم فى الكتاب والسنة، ومع ذلك فإنهم يقولون إن كل إجماع لابد أن يكون له سند شرعى من الكتاب والسنة. وقد يفهم من ذلك أن هذا تناقض، ويزول هذا التناقض فى نظرنا إذا

التقنين أو الإصدار يكون إجماعا على الالتزام برأى معين مستمد من مصدر سابق، سواء اقترن باجتهاد معاصر أم لا :

قلنا إن الإجماع فى هذه الحالات يكون متضمنا للاجتهاد، لأنه لايقف عند حد تأكيد حكم ورد به نص فى الكتاب والسنة، وإنما يتضمن اجتهادا مستندا إلى هذه النصوص الشرعية. مهما يكن هذا الاجتهاد محدودا، يصل إلى حد التفسير ....

ولما كنا قد أشرنا إلى أننا فى عصر التنظير، وأن الاجتهاد لايلزم أن يكون مستندا مباشرة إلى نص شرعى، بل يلزم فى كثير من الأحيان أن يستنبط الحكم بناء على نظرية من النظريات التشريعية، فإن الاجتهاد وبالتالى الإجماع يكون مجاله أكثر مرونه واتساعا ويكون واضحا فيه دور الجماعة فى استنباط أحكام فى مسائل لايوجد فيها نص فى الكتاب والسنة. ومع ذلك، فإنه يستند إلى نظريات أو مبادئ مستمدة من النصوص الشرعية، مثل نظرية لاضرر ولاضرار ونظرية المساواة وتضامن الأسرة ووحدتها والتكافل والعدل الاجتماعى - وهكذا ....

وفى حالة ما إذا لم يكن الإجماع متضمنا لأى اجتهاد، بأن يقتصر على اختيار مذهب ما، فإنه يكون فى نظرنا مجرد تقنين لأحكام مختارة من الفقه الموجود يقصد به إلزام القضاة بهذه الأحكام دون غيرها لوضع حد لاختلاف أحكام القضاء أو التناقض بينها .

وفى أكثر الأحيان يكون التقنين شاملا لأحكام مختارة من آراء السلف مضافا إليها اجتهادات معاصرة فى الموضوعات التى لايوجد لها حكم فى الفقه الموروث .

وعلى العموم، فإن الإجماع يكون دائما متضمنا لإصدار تقنين شرعى، ويقوم بمهمة إصدار الأحكام الشرعية - يماثل إصدار القوانين الوضعية حاليا - لكنه يمتاز عنها بأن شريعتنا تجعله من اختصاص أهل الاجتهاد، لا من سلطة رؤساء الدول كما هو الحال فى القوانين الوضعية. وبهذا تحفظ شريعتنا باستقلالها عن الدولة وسيادتها على المجتمع بما فيه الدول ذاتها ....

عوده ١٣٠ـ حجية الإجماع: إذا اتفق جميع المجتهدين فى الأمة الإسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع، وعُدَّ الإجماع دليلا قطعيا على الحكم-٩٢-. أما إذا كان الرأى صادرا من أكثرية المجتهدين فإنه يعد دليلا ظنيا، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه، ما لم ير ولى الأمر أن يوجب اتباعه فيصبح فى هذه الحالة واجب الاتباع-٩٣- .

المصدر تعليق "رقم-٩٢-": الإجماع وإن وصف بالحجية فى لسان جميع المذاهب فى الإسلام، إلا أن حجيته بنظر فقهاء المذهب الجعفرى متقومة بكشفه عن رأى المعصوم كما مرت الإشارة إليه، ولا يشترط فى حجيته اجتماع المجتهدين فى عصر واحد فضلا عن جميع العصور، بل الشرط عندهم اجتماع جماعة يكشف إجماعهم عن رأى معصوم من نبى أو إمام.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٢-": يشير السيد الصدر إلى رأى فقهاء المذهب الجعفرى، هو أن حجية الإجماع تستمد من أنه يكشف عن رأى المعصوم، سواء كان نبيا أو إماما. وما يقوله فى هذا التعليق يؤكد قولنا إن الدور المهم للإجماع هو أنه تقنين لحكم مستمد من مصدر شرعى سابق عليه. ولكننا لا نوافقه فى أن المصدر الشرعى الوحيد هو ما سماه "رأى معصوم".

المصدر تعليق "رقم-٩٣-": المراد بولى الأمر رئيس الدولة الإسلامية بحق، ورئيس الدولة بعد انتهاء عهد النبوة الزاهر هو الإمام المعصوم مع وجوده، وأما مع غيبته كما فى أيامنا الحاضرة فهو الحاكم العادل الذى تنتخبه الأمة الإسلامية ويأخذ دستوره من الإسلام وشريعته وقرآنه. فإن كان ولى الأمر هو الإمام فلا مجال للاجتهاد المعارض له لأن كلامه نص شرعى ولا اجتهاد فى قبال النص.
هذا إذا أمر الإمام بأمر لكونه هو الحكم الواقعى. وأما إذا حكم عليه السلام بحكم مؤقت إلزامى اقتضته المصلحة العامة فى وقت خاص مع تصريحه بعدم كونه حكما إلزاميا دائميا، ومثاله : لو اقتضت المصلحة الإسلامية تمنع السفر إلى بعض البلاد الكافرة فى زمان خاص مع تصريحه (ع) بأن نهيه (ع) ليس لحرمته فى الشريعة الإسلامية وإنما نهى عنه وفقا للمصلحة التى تقتضى النهى عنه مؤقتا، فإنه لا مانع من اختلاف المجتهدين، والحال هذه فى حكم المسألة فى الشريعة الإسلامية وهل هو الإباحة أو الكراهة أو الاستحباب مع العلم بعدم الحرمة واقعا وأنه لازم الترك فى الظرف الذى نهى عنه الإمام إطاعة لأمره (ع). وأما إذا لم يكن رئيس الدولة هو الإمام المعصوم فلا يمنع أمره بترك شىء اختلاف المجتهدين فى تلك المسألة . وإن كان الرأى الذى يجب تطبيقه ظاهرا والعمل على وفقه هو ما أمر به رئيس الدولة الإسلامية.=

= [الشاوى] رأيـــنا فى "تعليق-٩٣-": يعود للقول بأن المقصود بولى الأمر هو الإمام الذى تتوافر فى ولايـــته شروط الشرعية – مع إشارته إلى أن المذهب الجعفرى يعترف بالعصمة للأئمة من آل البيت دون غيرهم ممن تختارهم الأمة لينوبوا عنهم فى زمن الغيبة .

ونحـــن نذكر برأينا الذى لا نحيد عنه – وهو أن من تختاره الأمة للإمامة سواء كان من آل البيت أو غيرهم، فإنها هى التى تحدد له نطاق صلاحياته .

ونحـــن نرى أنه ليس من المصلحة أن يجمع رئيس الدولة بين ولاية السلطة التنفيذية وولاية الاجتـــهاد والتشريع. لقد سار الفقه فى جميع عصورنا على حرمان الخلفاء ورؤساء الدول من التدخل فى الفقه أو الاجتهاد أو التشريع، ونعتقد أن هذا هو الاتجاه الصحيح الذى يحمينا من الحكم الشمولى. ومن الملاحظ أن الدستور الإيرانى للجمهورية الإسلامية قد أخذ بهذا المبدأ .

أمـــا قوله فى حالة وجود الإمام المعصوم فإنه لا مجال للاجتهاد المعارض له لأن كلامه نص شرعى، فإننا قلنا دائما بأن أهل السنة لا يعترفون بنسبة العصمة لأحد غير الرسل .

لكنه يكون منشئا للأحكام إذا تضمن اجتهادا مقترنا به :

نذكّر بما قدمناه من أن أولى الأمر فى مجال الفقه والتشريع هم المجتهدون الذين يمثلون الأمة ويعملون باسمها ونيابة عنها كما بينا؛ فعبارة "ولى الأمر" التى يستعملها الفقهاء فى هذا الصدد لايجوز فى نظرنا أن تنصرف إلى السلطان أو الأمير أو الخليفة أو الرئيس أو غيرهم ممن يتولون السلطة التنفيذية .

يؤيد ذلك أنه عاد فى البند التالى (131) وأشار إلى أن أولى الأمر المشار إليهم فى سورة النساء (الآية 59) يُقصد بهم الحكام والعلماء معا؛ ثم عاد فى نفس الفقرة فقال: إن المقصود بأولى الأمر فى (الآية 83) من نفس السورة هم "العلماء" - وقال أيضا: "إذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن"؛ وقد يظن البعض أن هناك تناقضًا بين هذه العبارات إلا أن هذا الظن يزول إذا لاحظنا أن كلمة الحاكم فى لغة فقهائنا كان يُقصد بها القاضى، وأن القضاة كان يشترط فيهم أن يكونوا علماء أو من المجتهدين.

وسنرى أن الإجماع لابد له من سند شرعى. ومعنى ذلك أن دوره الأول هو إلزام الجميع بحكم معين؛ سواء كان مصدره قطعيا من الكتاب أو السنة أو كان مجرد مصدر ظنى كالاجتهاد أو (القياس) أو الموروث أو المستحدث .

والأصل أن يكون الاجتهاد الموروث منسوبا لأئمة المذاهب المعروفة. وهنا يكون الإجماع كاشفا لهذا الحكم، لكن إذا لم يوجد بالفقه الموروث حكم لمشكلة مستحدثة، فإن أهل الاجتهاد يجمعون بين مهمة استنباط حكم مستحدث يكون هو سند إجماعهم مضافا إليه قرار بالتزامه، وهذا هو الإجماع. أما الاجتهاد المقترن به فهو سنده .

وفى هذه الحالة يكون الإجماع مصدرا منشئا لحكم جديد اقترن به وليس كاشفا لحكم سنده سابق عليه .....

<عوده> ١٣١ ـ الأساس التشريعي للإجماع : أساس الإجماع هو القرآن والسنة.

فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقوم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح في القرآن أو السنة-٩٤-، واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع في موافقة هذا الحكم لمبادئ الشريعة العامة وروح التشريع فيها؛ لأن اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الأقطار والبيئات والمذاهب دليل على أن وحدة الحق هي التي جمعتهم-٩٥- .

[المصدر] تعليق "رقم-٩٤-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري عدم اعتبار الإجماع في مورد فيه نص موافق للإجماع، لأن الإجماع الموافق للنص لا يكون كاشفا عن رأي الإمام لاحتمال استناد المجتمعين إلى النص، ولا يمكن تحقيق إجماع مخالف لنص قطعي في الكتاب أو السنة القطعية، إذ لا يتصور إجماع المجتهدين على رأي مخالف للنص القطعي.

[المصدر] تعليق "رقم-٩٥-": ليت شعري، كيف يكون اجتماع جماعة من الناس على رأي يكون دليلا على الحكم وليس فيهم معصوم مأمون من الغلط !؟ وكيف يعلم أن وحدة الحق هي التي جمعتهم، إذ لعل اتفاقهم كان بدافع العادة أو العقيدة أو الانفعالات النفسية، أو كان ذهابهم إلى هذا الرأي لشبهة عرضت لهم، أو نحو ذلك من الأسباب التي يحتمل أن تكون هي السبب لاتفاقهم، إذا لم يكن فيهم معصوم لا يحتمل فيه ذلك ولا يكون إجماعهم كاشفا عن رأي الإمام (ع)؟! وكيف يمكننا أن نحكم بأن ما أجمعوا عليه هو الحق ولو أن اتفاق جماعة من الناس بما هو اتفاق كيفما كان وبأي داع كان، حجة ودليلا، ولا يقول بذلك أي فقيه يرى حجية الإجماع.

وأما ما ذكره الطولي في كتابه مصادر التشريع من الاستدلال على حجية الإجماع بقوله إن الجمع الغفير مع استفراغ الوسع في الاجتهاد وإمعان النظر في طلب الحكم يمتنع في العادة اتفاقهم على الخطإ، فقد أشكل عليه بالنقض بإجماع اليهود والنصارى وسائر أهل الملل على ضلالتهم مع كثرتهم وفضلهم واجتهادهم وإمعانهم في النظر .

أما حل هذا البرهان فتقريبه أنه لا استبعاد في اتفاقهم على الخطإ، وما أكثر ما يقع الاشتباه في الأمور الحدسية والبرهانية وكم اتفق الفلاسفة على أمر برهاني ثم انكشف خطؤه بعد ذلك، وتاريخ العلماء مليء بذلك . فلا يكون الإجماع دليلا شرعيا إلا إذا كان كاشفا عن رأي الإمام المعصوم، وذلك فيما إذا كان المجمعون علماء الشيعة الإمامية لأن إجماع غيرهم لا يكشف عن رأي المعصوم، ويشترط في كشفه عن رأي المعصوم الذي هو ملاك حجيته ألاّ تكون المسألة عقلية لأن اتفاقهم على مسألة عقلية يحتمل استنادهم إلى براهين عقلية لا إلى رأي المعصوم. كما يشترط في حجية الإجماع ألاّ تكون المسألة موافقة للاحتياط فإن اتفاقهم على رأي موافق للاحتياط يحتمل أن يكون لأجل الاحتياط .

فإذا اتفق مجتهد والطائفة الشيعية بالشرائط التي ذكرناها آنفا فإن اتفاقهم يكون كاشفا عن دليل قطعي وصل إليهم من إمامهم. فالاعتماد على ذلك الدليل والإجماع كاشف عنه ومبين له.=

عوده

وقد عدا القرآن والسنة إلى عَدِّ الإجماع تشريعا ملزما، فقوة الإلزام في الإجماع وعَدّه مصدرا تشريعيا مرده إلى نصوص القرآن ونصوص السنة.

القرآن: فأما القرآن فقد قال الله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾ [النساء:٥٩]. ومن المتفق عليه -٩٦- أن أولى الأمر في هذه

= وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفرى في الاتفاق الذى يكون كاشفا عن رأى المعصوم، فقد يكون اتفاق جماعة من العلماء دليلا بنظر فقيه لكونه كاشفا بنظره عن رأى الإمام ولا يكون كاشفا بنظر فقيه آخر إذ لا يحصل له العلم باستنادهم إلى دليل قطعى من الإمام.

الشاوى: رأيا في "التعليقين-٩٤، -٩٥-": يعود للإشارة إلى أن الإجماع الكاشف (المنقل) لحكم مستمد من الكتاب والسنة، لا يُعَدُّ في مذهبهم إجماعا، لأنه مجرد إصدار الحكم المستمد من النص. أما الإجماع المُعْتَدُّ به في نظرهم فهو الذى يكشف (ينقل) حكما مستمدا من رأى الإمام المعصوم. يريد بذلك إنكار أى قيمة لرأى جماعة ليس فيها إمام معصوم. أو لا تكشف عن رأيه بإجماعها، ويصل بذلك إلى القول بأن المعتَدّ به عندهم هو إجماع فقهاء المذهب الجعفرى وحدهم، أما إجماع غيرهم فلا يكشف عن رأى الإمام المعصوم لمجرد أنهم لا يعترفون بالعصمة لأى إمام بعد الرسول.

ولا نوافقه في رده على ما ذكره (الطوفي) في كتابه عن مصادر التشريع في الاعتراف بحجية الإجماع بصرف النظر عن وجود رأى للمعصوم أولا. وهذا القول الذى قاله "الطوفي" وعارضه هو الصحيح في نظرنا.

الصدر: تعليق "رقم-٩٦-": بين الرأى السائد بين المفسرين أن المراد بأولى الأمر في الآيتين المباركتين، الأمراء الذين يقتضى حفظ النظام طاعتهم وامتثال أوامرهم. وقد اختلف المفسرون فيما بينهم في أن المراد بأولى الأمر، هل هو كل ما يلى أمر المسلمين أم خصوص الذين جعلهم الله أولى الأمر وأوكل إليهم أمر الأمة.

الرأى السائد عند أهل السنة هو الأول، والرأى السائد بين الشيعة هو الثانى استنادا إلى أخبار معتبرة عندهم ورد بعضها من طرق علماء الشيعة وبعضها من طرق حفاظ السنة، وقد ذكرت الأخيرة في كتاب ينابيع المودة من ص ١١٤ إلى ص ١١٧. ولم يفسر أولى الأمر بالعلماء إلا شاذ من المفسرين ولم أجد من فسرها بالعلماء والأمراء معا، ولو سلم أن المراد بأولى الأمر العلماء والأمراء فلا تكون دليلا على حجية الإجماع لأن ظاهر الآية المباركة أن الله سبحانه أمر بإطاعة أولى الأمر، فإذا كان المراد منهم العلماء فيكون معنى الآية أمر الجهال بإطاعة أمر العلماء لا أن إجماع العلماء يكون حجة على من يأتى بعدهم من العلماء، كما يشهد لذلك أن المراد إطاعة أمر كل فرد من أولى الأمر ولا يشترط إجماعهم. فإذا كان المراد العلماء وأن الأمر بإطاعة العلماء يشمل حتى العلماء فإن لازم ذلك أنه يجب على العلماء إطاعة أى عالم كان، ولم يذهب فقيه إلى ذلك. =

عودة الآية مقصود بهم الحكام والعلماء معا، فكل منهم ولى أمر فى عمله، فإذا
أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه؛ لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن. كذلك قال الله
تعالى: ﴿ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يَستَنبطُونه منهم﴾
[النساء:٨٣]. والمقصود بأولى الأمر فى هذه الآية العلماء.

السنة: أما السنة فجعلت رأى الجماعة صوابا خالصا بعيدا عن الخطإ، وعَدَّت الرأى المجمع عليه حسنا عند الله، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تجتمع أمتى على خطإ". وقال: "لم يكن الله ليجمع أمتى على ضلالة". وقال: "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"-٩٧-.

= الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٦-": يعقد موازنة بين ما ينسبه إلى أهل السنة من أن ولى الأمر هو كل من يلى السلطة بالحق أو بالباطل، وما ينسبه إلى الشيعة من أن المقصود به من يستمد الولاية بالطريق الشرعى – وفى كلا الحالين لا نقره على هذا التعميم؛ لأن آراء السنة مختلفة. ونحن نرجح القول بأن أولياء الأمر فى التشريع هم أهل الاجتهاد وليس رؤساء السلطة التنفيذية – كما أننا لا نقر ما ينسبه إلى الشيعة من أن الأئمة المعصومين يستمدون ولايتهم من الله سبحانه، لأنه أشار مرارا إلى أنه فى حالة الغيبة فإن الأمة هى التى تختار من تمنحه الولاية بشروطها – ونرجح أن أولى هذه الشروط عدم تدخل الإمام المنتخب فى التشريع الذى يبقى حرا للجميع من يتوافر لديهم أهلية الاجتهاد الفردى أو الجماعى.
لذلك لا نوافق على اعتراضه على قول الشهيد عوده بأن أولى الأمر هم العلماء – ولكن هذا لا يعنى طاعة كل عالم أو فقيه دون غيره، بل إن للفرد والجماعة الاختيار بين الآراء والمذاهب المختلفة التى يفتى بها العلماء، فلا يجوز لأى عالم أن يفرض رأيه وحده على الناس ويحرمهم من حرية الاختيار بين المذاهب والآراء المختلفة التى هى ثروة للأمة تعتز بها وتستفيد منها حسب ظروف الزمان والمكان.

الصدر تعليق "رقم-٩٧-": إنه (ﷺ) فى هذه الروايات الثلاث أخبر عن عدم اجتماع أمته على خطإ أو على ضلالة، وأن ما رآه المسلمون حسن فهو حسن، ولا تختص هذه الأخبار بالمجتهدين لتكون دليلا على حجية الإجماع.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٩٧-": نؤيد قوله إن الأحاديث التى أوردها فقيهنا بشأن حجية الإجماع يقصد بها إجماع الأمة كلها وليس إجماع المجتهدين وحدهم. ورأينا هو أنه يمكن القول بحجية إجماع المجتهدين على أساس أنهم يمثلون الأمة وأنها هى التى اختارتهم ليمثلوها فى مجال الاجتهاد أو التقنين. وعلينا تحديد الطريق النظامى لكى تقوم الأمة بحرية كاملة بهذا الاختيار، ولا يكون للسلاطين والمستبدين دور فى ذلك يستغلونه لتدعيم سلطانهم.

131- دوره فى التشريع أنه مصدر مباشر للالزام برأى معين له مصدر سابق أو مقارن له :

نلاحظ أنه أشار إلى أمرين هما : قوة الإلزام فى الإجماع، وثانيهما : هو عَدُّه مصدرا تشريعيا؛ ولذلك فإننا نرى أن للإجماع وظيفتين :- أولاهما : أنه يعطى قوة الإلزام لحكم موضوعى يختاره من سند سابق عليه ومستمد من أحد مصادر التشريع الأخرى (الكتاب أو السنة أو الاجتهاد) - وثانيتهما : أنه قد يكون هو بذاته مصدرا مباشرا للتشريع فى حالة ما إذا استنبط المجمعون حكما جديدا مستحدثا باجتهادهم وليس له سند سوى اجتهاد الذين أجمعوا، وهنا يكون سند الإجماع اجتهادا معاصرا للإجماع ومنجدا فيه[1] ... والمفروض هنا أن يصدر الإجماع ممن يقومون بمهمة الاجتهاد باعتراف الجمهور أو العامة لهم بهذه الصفة فيكونون بذلك ممثلين للأمة التى ينسب إليها الإجماع - وفى هذه الحالة يكون قرار الجماعة أو ممثليها القائمين بالاجتهاد نتيجة عمليتين هما الاجتهاد والإجماع معا.

وأولو الأمر فى الإجماع هم أولو الأمر فى التشريع والاجتهاد كما قدمنا فيما سبق - وهم "أهل الاجتهاد" فى زماننا ....

(1) مثال ذلك فى نظرنا استحداث التعزير على جريمة إصدار شيك بدون رصيد والعقاب عليها بعد شيوع التعامل بالشيكات التى لم يعرفها فقهاؤنا من قبل، وبالتالى فإنهم لم يتكلموا عن هذه الجريمة ولم يبحثوا أحكامها. فالإجماع الآن استقر على عَدّ الفعل جريمة تستحق التعزير بحسبانه صورة "عصرية" للاعتداء على مال الغير، وأن مبدأ تحريم العدوان على أموال الناس أحد مقاصد الشريعة الثابتة ونظرية تشريعية مستفادة من النص الذى يعاقب على السرقة .

﴿عوده﴾ **١٣٢ـ الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات : القوانين الجنائية** هى النصوص التى تصدرها السلطات المختصة بسن القوانين بغض النظر عن شكل الحكومة الدستورى. وهذه النصوص تسمى فى مصر قوانين إذا جاءت عن طريق البرلمان، وتسمى مراسيم بقوانين إذا أصدرها الملك فى غيبة البرلمان، طبقا للمادة ٤١ من الدستور المصرى، وفى كلا الحالين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان، فإذا أقرتها الأغلبية، أمر الملك بإصدارها، وأصبحت ملزمة للأفراد. فمصدر القوانين هو الإجماع الناقص، أو هو إجماع الأكثرية على القواعد والمبادئ التى يحتويها القانون. وقوة القانون الملزمة لا تأتى من هذا الإجماع وإنما من أمر ولى الأمر بإصدار القوانين ووضعه موضع التنفيذ فالإجماع هنا دليل ظنى لا قطعى-٩٨- .

واللوائح والقرارات هى ما تصدره السلطات الإدارية والمحلية من قواعد لتنفيذ قانون ما، بناء على السلطة المخولة لهذه السلطات بنص القانون، فمصدرها هو مصدر القانون أى الإجماع الناقص، وقوتها الإلزامية مستمدة من أمر ولى الأمر الذى أصدر القانون، وخول لمن وكل إليه التنفيذ سلطة التنفيذ .

١٣٣ـ مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامى: تعد القوانين والقرارات واللوائح مكملة للتشريع الإسلامى؛ لأن الشريعة تعطى لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة، وفيما يعود على الأفراد والجماعة بالنفع. فللسلطة التشريعية-٩٩- فى أى بلد إسلامى أن تعاقب على أى فعل مباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ولها أن تعفو عن الجريمة أو عن العقوبة(١) إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها، ولها أن تضيق من سلطان القاضى فى أى جريمة من جرائم التعازير وأن تترك واسعا مادامت المصلحة العامة تقتضى هذا .

والقوانين والقرارات واللوائح التى تصدرها السلطة التشريعية-١٠٠- تكون نافذة واجبة الطاعة شرعا، بشرط ألاّ يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها، وإلا فهى باطلة بطلانا مطلقا كما سنبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

| الصدر | تعليق "رقم-٩٨-": لا يصدق الإجماع المصطلح على اتفاق أكثرية البرلمان لعدم حصول الاتفاق الكامل وعدم اجتهاد المتفقين .

| الصدر | تعليق "رقم-٩٩-": فى الدولة الإسلامية التى نالت سلطتها بحق شرعى .

| الصدر | تعليق "رقم-١٠٠-": ذات الحق الشرعى كما ذكرنا آنفا .

| الشاوى | رأينا فى "التعليقات-٩٨- إلى -١٠٠-": تراجع الحاشية .

---

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

نحن نوافق على أن الإجماع ليس من درجة واحدة؛ فإن هناك إجماعا كاملا صادرا عن الأمة كلها أو عن ممثليها الذين تختارهم بحرية كاملة وتفوضهم فى ذلك.
لكن يوجد إلى جانب ذلك أنواع أخرى من الإجماع الناقص....

والإجماع الناقص الذى أشار إليه هنا هو ما يعرف فى الفقه بأنه إجماع الجمهور، أى "الأكثرية"، ويكون بقرار شورى بالأغلبية؛ وهذا يؤيد ما نذهب إليه من أن المقصود بالإجماع عملا هو التزام الجماعة كلها بقرار الأغلبية بالشورى. فالإجماع يكون دوره هو إلزام الجميع بقرارات الشورى.

إلا أننا نلاحظ مرة أخرى أنه لايميز بين "أولى الأمر" فى التشريع وهم أهل الاجتهاد من العلماء وأهل الذكر، وبين ولى الأمر التنفيذى أى رئيس الدولة أو السلطان؛ لأنه تأثر بالنظم العصرية التى يقوم فيها رئيس الدولة بإصدار القانون وإعطائه القوة التنفيذية الملزمة للجميع رغم أن البرلمان وافق عليه بالأغلبية فقط – فى حين أن الأصول الإسلامية تفصل بين التشريع والتنفيذ؛ وقيام رؤساء الدول بالإصدار هو إقرار منهم بالتزامهم تنفيذ مأقره أهل الاجتهاد لأن إلزام أحكام الشريعة ذاتى، مستمد من مصادرها الإلهية لا من سلطات "الدولة".. أما رئيس الدولة فإنه يعلن فقط التزامه بتنفيذ ماتوصل إليه المجتهدون أو من أجمعوا أو يأمر باعلانه ليطلع عليه الجميع ويلتزموا به.

ورأينا أن الإجماع فى هذه الحالة يلزم رئيس الدولة بالإصدار، لأنه يستند إلى أصل شرعى هو أن جميع من ينتمون للأمة يلتزمون بقراراتها الشورية حتى ولو كانت صادرة عن إجماع "ناقص" أى بالأغلبية.

وسوف نوضح رأينا فى تعدد صور الإجماع الناقص ووجوب التمييز بين أنواع مختلفة منه تتفاوت فى مدى إلزامها – ودور الإجماع فى تقنين التعازير – فى نهاية هذا الفرع بعد البند (134).

إننا لانوافق على استعمال كلمة "السلطة التشريعية" فى فقهنا؛ لأن الناس فى عصرنا يفهمون منها أنها إحدى سلطات الدولة؛ فى حين أن "السلطة التشريعية" فى ديننا هى لله سبحانه وتعالى – وبذلك تكون شريعتنا مستقلة تماما عن الدولة بجميع سلطاتها – وتكون للشريعة السيادة والهيمنة على الدولة والمجتمع بجميع هيئاته التنفيذية بما فيها ما يعرف فى عصرنا بالسلطة التشريعية والسلطة القضائية والتنفيذية؛ فكلها سواء فى الخضوع لسيادة شريعتنا.

الإجماع تعبير عن إرادة من يمثلون الأمة في الاجتهاد لكي تلتزم به سلطات الدولة وتلتزم به الكافة :

وبرغم إعجابنا بما يبذله من جهد لتقريب النظم المعاصرة لمبادئ شريعتنا وأحكامها، فإننا نرى أنه يجب أن نسبق النظم المعاصرة ونضع الأسس لنظم مستقبلية تقاوم الاتجاه الشمولي الذى ينسب التشريع للدولة وسلطاتها، وعلينا أن نؤكد أن شريعتنا مصدرها إلهي؛ يعبر عنه العلم والفقه والفكر الحر لأهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يمثلون الأمة، ودور الدولة وسلطاتها هو مجرد إعلان قرارهم للجميع وإلزامهم وإلزام سلطاتها بتنفيذه.

وعلى ذلك، فإن ما يسميه قوانين وقرارات ولوائح إذا كانت شرعية فإنها تصدر بتفويض ممن يتولون مهمة الاجتهاد ... فالإيمان بالله سبحانه وتعالى وبالعلم والفكر الحر وحق الأمة في اختيار من يمثلونها من أهل الاجتهاد هو الضمانة التي قررتها شريعتنا لحماية الشعوب من بغي من يستولون على السلطة بالقهر والغلب ويدعون لأنفسهم سلطة التشريع والوضعية.

إن الدولة العادلة الشرعية، ما عليها إلا أن تفسح المجال لذوى الفكر والعلم وأهل الذكر ليقوموا بمهمة الاجتهاد التشريعي بحرية كاملة، ولن يضرها ذلك في شيء، على أن تتولى إعلان الأحكام التي يصلون إليها باجتهادهم أو إجماعهم، ثم تتولى إلزام الناس بها، وتلتزم تنفيذها.

إن الإجماع هو الوسيلة الشرعية للتعبير الإجماعي عن إرادة الأمة ومن يمثلونها من أهل العلم والفكر والذكر، لأن إرادة الذين يستولون على السلطة بالانقلاب والقوة دون التزام بالشورى والبيعة الحرة. أما من تختارهم الأمة لولاية سلطة الدولة، فعليهم أن يعرفوا مقدما أنهم خاضعون للشريعة لاصانعون لها، وأنهم لايمثلون "سلطة التشريع" بل هم سلطة إعلان وتنفيذ .

أن البعض يظن وقد : ١٣٤ـ الشريعة لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعاً

عوده

الشريعة انفردت بعَدِّ الإجماع مصدرا للتشريع، وهو ظن خاطئ، فالقوانين الوضعية في غير البلاد الإسلامية أساسها رأى الجماعة سواء في التشريع أو التطبيق.

فالقوانين لا تصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية، والنظريات القانونية التي يجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دون تشريع قوة ملزمة مصدرها هذا الإجماع الناقص. وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأى غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منهم، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا في تقرير المبادئ القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين. ومعنى هذا كله أن القوانين الوضعية تسلم بالإجماع-١٠١-، وتجعل الإجماع الناقص مصدرا للتشريع والتفسير والتطبيق؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين.

الصدر تعليق "رقم-١٠١-": في إطلاق اسم الإجماع على الغالبية البرلمانية التي تعتمد عليها القوانين الوضعية تسامح، إذ لا اتفاق فيها ولا يشترط في الموافقين الاجتهاد.

الشاوى رأيــنا في "التعليقات-٩٨- إلى -١٠١-": السيد الصدر يعترض على عَدِّ قرارات البرلمان إجماعا؛ لأن أعضاءه ليسوا مؤهلين للاجتهاد، كما يرى ألا ينسب الإجماع إلا لمن تختارهم الأمة للاجتــهاد (التشــريع) في دولة إسلامية. ونحن نؤيد قوله ونرى أن يكونوا ممن تتوافر فيهم شروط معينة من العلم أو الخبرة في اختصاصهم ويحظون فوق ذلك بثقة العامة.

صــحيح أننا نرى أن الإجماع في الفقه ليس إلا صورة من صور الإجماع الذى يتسع لكل قرار ملزم يصــدر عن الجماعة أو من يمثلونها، فهو تعبير عما يسمى في عصرنا بالسيادة الشعبية – لكننا نعتقد أن التعبير عن سيادة الأمة (وإجماعها) في مجال الفقه (التشريع الإسلامى) يحسن أن يمارســه من تختارهم ليمثلوها في ذلك المجال ونسميهم "أهل الاجتهاد"، ونفضل أن يتميزوا عــن "أهل الحل والعقد" الذين يمثلونها في المجال السياسى والاجتماعى والاقتصادى وغير ذلك من الشئون العامة (يشير إليهم فقهيًا بأنهم أعضاء البرلمان المنتخب انتخابا حرا).

ولــذلــك اقتــرحنا أن يخــصص مجلس لأهل الاجتهاد في الفقه – ومجلس آخر لأهل الحل والعقد – في النظم الدستورية العصرية (١)

---

(١) يراجع كتابنا "فقه الشورى والاستشارة".

إننا نحمد له تمسكه بفكرة الإجماع الناقص؛ أى إجماع الجمهور أو الأغلبية ونؤيده فى ذلك، وإذا كنا نقدر حرصه على مخاطبة القانونيين العصريين بهذا الأسلوب الذى يقرب بين الشريعة والقوانين الوضعية؛ فإننا نرى عدم تجاهل خصائص شريعتنا وأصولها من أجل هذا الأسلوب التوفيقى. وعلينا أن ندعم آراءنا بالأصول الشرعية والمبادئ الأساسية فى الإسلام، وأهمها فى نظرى هو مبدأ استقلال الشريعة عن "الدولة" وسيادتها على المجتمع كله بما فيه الدولة التى تلتزم بأحكامها.

وللذلك نضيف هنا رأينا الخاص فى ماهية الإجماع وصوره المتعددة، على ضوء هذا المبدأ الذى أشرنا إليه[1] :

---

(1) يراجع تعليقنا على البند (131) فيما سبق.

بحث إضافى
فى صور الإجماع وأنواعه

رأينا فى الإجماع المطلق والنسبى :

نعتقد أن كثيرا من الخلافات التى ثارت حول الإجماع سببها حسبانه صورة واحدة؛ فى حين أن له تطبيقات متعددة ومتنوعة تختلف بحسب نطاق كل منها :

1- فالإجماع المطلق الكامل هو الذى يصدر عن الأمة الإسلامية فى جميع أوطانها وأقطارها ويشترك فيه جميع شعوبها وأفرادها وجماعاتها؛ وهو المثل الأعلى الذى يرى البعض عدم إمكان تحققه عمليا؛ والذى قال بشأنه الإمام/ أحمد قوله المشهور: "من ادعى الإجماع فهو كاذب". ولعل ذلك بأنه يستحيل عليه معرفة رأى جميع المسلمين ويصعب التأكد من اتفاقهم جميعا على رأى واحد فى مسألة معينة من مسائل الفروع. لكن هذه الصعوبة لم تعد موجودة فى عصرنا الحاضر بسبب توافر وسائل الاتصال الحديثة التى لم يكن لها وجود فى عصر الإمام أحمد بن حنبل .

وقد أضاف الفقهاء إلى هذه الحجة أنه إذا فرض وتحقق ذلك الإجماع فى مسألة عقيدية أو أصولية؛ فإن ذلك لا يكون إلا لوجود نص قطعى من نصوص القرآن أو السنة الذى يسلم الجميع بحجيته دون خلاف أو جدال - ويكون مصدر الحكم المجمع عليه فى هذه الأحوال هو ذلك النص القطعى الذى هو سند الإجماع[1] .

ونعتقد أن هذا الإجماع المطلق الكامل هو الذى يعطيه فقهاؤنا قوة مماثلة للأحكام المستمدة من الكتاب أو السنة - أو أنه يليها فى الترتيب - ويَعُدّونه مصدرا شرعيا للأحكام. لكن القول بأن الإجماع هو مصدر الحكم فيه تجُوُّز[2] لأنه مجرد إقرار بوجود حكم قطعى .

---

(1) مثل النص على صيغة شهادة ألا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، وعَدّها أول أركان الإسلام - وهذه الصيغة محل إجماع المسلمين فى جميع العصور .

(2) أشرنا فى كتابنا "فقه الشورى" (البند 37) إلى صورة عصرية من صور الإجماع الكامل الشامل للأمة كلها دون أى خلاف، وهو ما تم من إنشاء منظمة إسلامية دولية وعالمية هى منظمة المؤتمر الاسلامى، وقد عددنا ذلك تطويرا لمبدإ وحدة الأمة والالتزام به فى حالة تعدد الدول .

ومع ذلك فهذه المنظمة لايوجد بها مجلس شعبى يضم من انتخبوا بالشورى الحرة من عامة المسلمين ... وهذا نقص سيأتى اليوم الذى يمكن معالجته فيه، لكى تصبح ممثلة للأمة لاللنظم السياسية التى قد يوجد بينها من لايلتزمون بالشورى ولابالشريعة ....

❁ أهم صور الإجماع النسبي إجماع شعب معين من شعوب أمتنا على الالتزام بمذهب دون غيره:

يمكن القول إذن بأن دور الإجماع فى هذه الحالة هو تقنين حكم له مصدر قطعى معترف به من الكتاب والسنة – هو ما يسميه الفقهاء سند الإجماع. فاشتراط وجود سند للإجماع معناه أن مصدر الحكم المجمع عليه هو هذا السند – أما الإجماع فهو مقنن له أو أنه أداة إصدار للتقنين الشرعى، ونعتقد أن هذا هو الدور الأساسى للإجماع فى جميع صوره.

2– هناك إلى جانب هذه الصورة الشاملة صور أخرى للإجماع النسبى :–

مثال ذلك ما يتردد كثيرا فى كتب الفقه من القول بأن حكما معينا قد أجمع عليه أهل السنة؛ فإذا كانت هناك طوائف أخرى إسلامية قد شذت عن هذا الرأى فإنها لا تلتزم به لأنها لم تشارك فى هذا الإجماع ويبقى إلزام القاعدة المجمع عليها نسبيّا فى حدود أهل السنة.

ونرى أنه قياسا على ذلك يمكن القول بإجماع شعب معين من شعوب العالم الإسلامى على اختيار مذهب من المذاهب الفقهية ليكون ملزما للقضاة؛ مثل إجماع شعب مصر مثلا على تطبيق مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان – بل على تطبيق الرأى الراجح منه دون غيره، ويمكن أن ينسب ذلك إلى الشعب فى بلد آخر مثل تركيا أو السودان؛ كما يمكن أن يوجد شعب آخر من شعوب المسلمين يجمع على الالتزام بمذهب آخر؛ مثل الشعب السعودى الذى يجمع على تطبيق مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ وعلى فتاوى الإمام ابن تيمية.

كذلك تجمع شعوب أخرى فى جنوب شرق آسيا مثل : ماليزيا والفلبين وإندونيسيا على الالتزام بمذهب الإمام الشافعى – وشعوب أخرى فى شمال إفريقية تجمع على الالتزام بمذهب الإمام مالك – فضلا عن إيران والشيعة الإمامية التى تجمع على تطبيق مذهب الشيعة الاثنى عشرية .

بل نجد بلدا مثل اليمن يجمع على تطبيق مذهب الإمام الشافعى فى مناطق معينة أو مسائل معينة وعلى تطبيق مذهب الإمام زيد فى مناطق أخرى أو مسائل أخرى .

فى جميع هذه الأمثلة نجد أن دور الإجماع هو تقنين مذهب معين أو رأى معين ليلتزم به القضاء فى بلد أو إقليم أو شعب من شعوب العالم الإسلامى – فهو إجماع نسبى من حيث نطاق تطبيقه المكانى أو الشعبى .

وقد يكون الإجماع نسبيا من ناحية أخرى هى أنه يكفى فيه قرار الجمهور أى الأغلبية بالشورى الحرة .

❁ الإجماع النسبى فى حالة توافق الأغلبية أو الجمهور :

وتطبيقا لهذه القاعدة يمكن القول بأن إصدار تقنين شرعى للأحوال الشخصية أو المواريث أو الأوقاف فى مصر مثلا يضم أحكاما مختارة من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفى، هو تطبيق نسبى لمبدإ الإجماع؛ ويصبح كل تقنين يصدره أغلبية من يمثلون أحد الشعوب بالشورى الحرة نوعا من الإجماع النسبى سواء من ناحية "الإقليم أو القطر" أو من ناحية أنه قرار الأغلبية أى الجمهور بالشورى الحرة.

فى هذه الحالة من الإجماع النسبى (كما فى الحالة الأولى من الإجماع الكامل) نرى أن الإجماع فى الحقيقة لم يكن هو مصدر الحكم الشرعى؛ بل إنه مجرد أداة نظامية لتقنين الحكم أو الأحكام التى اتفق المجمعون على الالتزام بها فهم لايَعُدّون إجماعهم مصدرا للحكم أو الأحكام بل مصدرها هو سند الإجماع أى النص القطعى فى الحالة الأولى أو المذهب الفقهى المعروف أو الرأى الراجح فيه أو الآراء المستمدة من مذاهب متعددة فى الحالة الثانية. فمصدر الحكم المجمع عليه فى جميع هذه الصور هو السند الشرعى الذى استمد منه المجمعون الأحكام التى التزموا بتطبيقها.

فى نظرنا أن ذلك يوضح لنا الوظيفة الخطيرة للإجماع فى شريعتنا فى العصر الحاضر والمستقبل؛ فهو تعبير فقهائنا عما نسميه الآن إصدار التقنين الشرعى وإلزام الجميع به رغم أنه صدر بقرار الأغلبية أو الجمهور؛ أى أنه عملية تقنية ونظامية تتخذها الأمة أو الشعب أو من يمثلونه بالشورى الحرة وسيلة للاتفاق على توجيه القضاة إلى الالتزام بمذهب أو رأى أو حكم معين؛ أو مجموعة أحكام مستمدة من مصادرها الشرعية.

وقد يظن البعض أن هذا تقليل من أهمية الإجماع؛ ونحن نرى على العكس من ذلك أنه يقوم بدور جوهرى وضرورى فى توحيد القضاء حتى لاتتناقض أحكام القضاة وتعم الفوضى.

هذا الهدف الشرعى أو الوظيفة الاجتماعية للإجماع تبين لنا الحكمة الإلهية من وراء عَدِّه المصدر الثالث من مصادر الأحكام الشرعية بعد الكتاب السنة.

إن مبدأ الإجماع المطلق أو النسبى هو الذى يحدد النظام العام فى الأمة أو الجماعة أو الشعب وتلتجأ إليه كل جماعة لمعالجة الآثار الناتجة عن الإسراف والتطرف فى الحرية التى منحتها الشريعة للأفراد فى اختيار المذهب أو الرأى الذى يلتزم به كل منهم. إنه خير علاج للخلاف الناتج عن تطبيق مبدإ حرية المجتهدين وتعدد المذاهب والآراء وحق الأفراد

❁ الإجماع يضع حدّا لاختلاف المذاهب والآراء ويلزم القضاة بتوحيد أحكامهم:

فى اختيار المذهب أو الرأى الذى يلتزمون به أو قيام كل منهم مباشرة باستنباط الحكم العملى الذى قد يستنبطونه منفردين بأنفسهم أو اجتهادهم الشخصى بالرجوع إلى النصوص القرآنية أو السنة النبوية؛ أو المذهب الذى يختارونه.

هناك مبدأ أساسى فى الإسلام هو أن كل فرد مسئول عن الالتزام بالأحكام الشرعية فهو يلتزم باستنباطها بنفسه مباشرة فى حدود استطاعته، وإذا عجز فإنه يلتزم باختيار المذهب أو الرأى الذى "يقلده" لما يجده فى المذاهب المتعددة المعترف بها أو الفتاوى التى تعطى لمن يثق فى علمهم ونزاهتهم من العلماء.

لكن هذا المبدأ الأساسى – إذا أُخذ على إطلاقه دون حدود – قد يترتب عليه الفوضى والتراعات فى المجتمع وخاصة أمام القضاء؛ فإذا تنازع شخصان أو زوجان مثلا فى أمر من الأمور فقد يجد القاضى نفسه محرجا إذا قال أحد الطرفين أو أحد الزوجين أنه ملتزم بمذهب معين يختلف فيه الحكم عن المذهب الذى يلتزم به الطرف الآخر .... فأى المذهبين يلتزم القاضى بتطبيقه؟

قال البعض فى هذه الحالة إن القاضى يحكم بمذهبه هو لابمذهب أحد الأطراف المتخاصمة، فمن يلجأ للقاضى إنما يطلب منه الحكم بالمذهب الذى التزم به القاضى لابالمذهب الذى اختاره الخصوم أو أحدهم.

لقد جرى العمل فى مصر فى فترة من الفترات أنه كان يجلس للقضاء فى المسجد أربعة قضاة – أحدهم حنفى والثانى شافعى والثالث مالكى والرابع حنبلى ... وكل من هؤلاء القضاة يحكم بمذهبه متى لجأ إليه الخصوم أو أحدهم؛ وهنا يمكن التساؤل عما يحدث إذا لجأ أحد الخصوم إلى القاضى الشافعى ولجأ الطرف الآخر إلى القاضى الحنفى – وصدر من القضاة حكمان مختلفان أو متناقضان .

إننا نرى أنفسنا فى هذه الحالة أمام حكمين صحيحين شرعا ولكنهما متناقضان مضمونا، فأيهما ينفذ؟ هذه هى الحالة التى تسمى فى القوانين العصرية بتنازع القوانين أو الأحكام القضائية، أى تعارض الأحكام وتنازعها – وفيها يتبين أن اختلاف القضاة وتعدد مذاهبهم وآرائهم؛ بل وتناقض أحكامهم قد لايقل خطورة على نظام الجماعة ووحدة المجتمع وتضامنه؛ عن اختلاف مذاهب الأفراد وتعارض آرائهم ومصالحهم .

لذلك فإن النظام العام فى الجماعة يوجب عليها أن تتدخل لمعالجة هذه المشكلات إذا حدثت (بل وقبل أن تحدث) بوضع قاعدة للفصل فى هذا التنازع بين المذاهب أو بين الأحكام القضائية.

لاشك فى أن الأوجب هو وضع القواعد التى تمنع حدوثها؛ وذلك بأن تختار الجماعة أو الشعب مقدما مذهبا واحدا أو رأيا واحدا وتقننه ليطبقه القضاء على الجميع؛ وهذا الاختيار بصدر به تقنين شرعى مثل تقنينات الأحوال الشخصية فى مصر، فهى تقنينات شرعية وليست قانونا وضعيا. واختيار الجماعة لمذهب معين أو رأى معين قد شرع له الإسلام الإجماع، أى اتفاق الجماعة مقدما (بالأغلبية) على المذهب أو الحكم الذى يلتزم به جميع أفرادها أو المقيمين على أرضها منعا للتنازع والفوضى.

وكل فرد من أفراد الجماعة يلتزم مقدما بما تقرره الجماعة بإجماعها فى التقنين الشرعى الذى يصدر بالشورى الحرة الملزمة؛ ومن هنا نصل إلى أن الإجماع الناقص أو النسبى هو الشورى الملزمة أو أنه مكمل ضرورى لها على الأقل.

* * *

إن البعض يظن أن المقصود بالإجماع هو فقط اتفاق جميع أفراد المجتمع أو الأمة أو الشعب أو الجماعة على هذا الاختيار، وهذا أمر قد يكون مستحيلا .... لأن كل فرد يستطيع بذلك أن يعترض على الحكم إذا وجد أو ظن أن هناك مذهبا آخر فيه الحكم أقرب لهواه أو مصلحته أو رأيه؛ وقد ينفرد برأيه ويدعى أن الإجماع لن يتم بدون موافقته، أى أن كل فرد يصبح له الحق فى أن يدعى لنفسه حق "الفيتو" على ما "يجمع" عليه جمهور الأمة أو الجماعة أو الشعب – وهذا هو السبب فى قول البعض إن الإجماع بالصورة الكاملة هو أمر مستحيل ولم يتحقق عملا.

وسبب الاستحالة أن كلمة الإجماع تشير فى نظر البعض إلى الاتفاق الجماعى على حكم واحد – لكن الأصل اللغوى هو أن الإجماع يعنى العزم والتصميم وذلك استنادا إلى قوله تعالى: ﴿فأجمعوا كيدكم ثم أتوا صفا﴾ [طه: ٦٤]. – فالإجماع يعنى توافق إرادة الجماعة على نظام عام يستلزم تنفيذ حكم أو رأى واحد على الجميع سواء كان إصداره بإجماع الآراء أو تم بالأغلبية بعد الشورى ولا تقوم جماعة إلا بوجود نظام عام ملزم لجميع من ينتمون إليها أو يقيمون على أرضها ويكفى أن تقر الأغلبية بالشورى هذا النظام.

الانتماء للجماعة يلزم الجميع بقرار الجمهور أو الأغلبية بحسبانه

إجماعا يلزم القضاة والأفراد جميعا :

إن نظام الجماعة لايستقر إلا إذا كان كل فرد فيها يلتزم بمجرد انتمائه إليها أو إقامته على أرضها بأن ينفذ ما تقرره "أغلبية" الجماعة من تقنينات حتى ولو كان هو أو أقلية معه لهم رأى مخالف أو مصلحة مخالفة – لأن النظام العام فى المجتمع يوجب أن ينفذ الجميع ما تراه الأغلبية بالشورى الحرة.

وهذه هى ميزة الشورى؛ فإنها تعطى لكل فرد حريته فى إبداء رأيه ومناقشة جميع الآراء فى فترة "التشاور" ومقابل ذلك يلتزم هذا الفرد بتنفيذ ما تقرره الأغلبية وهذا هو مايمكن وصفه بأنه الإجماع أى العزم على تنفيذ قرار الشورى على الجميع مهما تكن اختلافاتهم فى مرحلة التشاور قبل القرار.

* * *

لهذا السبب فإننى وصلت فى كتابى "فقه الشورى" إلى أن الإجماع – لغة وفقها – هو عزم جميع أفراد الجماعة والتزامهم جميعا مقدما بتنفيذ ما تقره الجماعة بالأغلبية من قرارات أو تقنينات، وهذا الالتزام مستمد من انتمائهم للجماعة ونظامها العام أو الإقامة على أرضها.

فالإجماع التزام سابق على التشاور وهو حتمى مفترض بمجرد الانتماء للجماعة – فمن ينتمى لجماعة أو أمة أو شعب يعلم مقدما أنه لايستطيع أن يسير برأيه وحده أو برأى أقلية من هذا الشعب، وإنما يلتزم الجميع برأى الأغلبية "الجمهور" – وهذا الالتزام هو ما نسميه بالإجماع – سواء كان الحكم الذى اختاره الجمهور سنده من نصوص الكتاب أو السنة، أو التفسير الراجح لديه لهذه النصوص، أو كان السند سنة قولية أو عملية، أو مجرد اجتهاد صادر من أئمة أحد المذاهب الموروثة أو حتى اجتهاد مستحدث فى واقعة لاحكم لها فى الكتاب أو السنة أو المذاهب المعترف بها، وتوصل أهل الاجتهاد أو أهل الإجماع إلى استنباط حكم مستحدث يواجه هذه الحالة.

يتفرع عن هذا النظر نتائج كثيرة تعرضنا لها فى كتابنا عن "الشورى والإجماع" وهو الجزء الثانى من "فقه الشورى" فى طبعته الثالثة المتعددة الأجزاء – وقد صدر قبله الجزء الأول فى "الشورى أعلى مراتب الديمقراطية"[1].

والذى يهمنا الآن أن الإجماع هو مفتاح الطريق الذى رسمته الشريعة لتوحيد القضاء وأنه هو الذى يمكن أن يصدر التقنينات الشرعية ويلزم الجميع بقرار الشورى الحرة ويبين الأحكام التى ترى الجماعة إلزام القضاة بها حتى لاتختلف مذاهبهم وآراؤهم بصورة تؤدى إلى الفوضى التى تهدد نظام الجماعة واستقرارها.

(1) طبعته دار الزهراء عام ١٩٩٨م.

عوده

الفرع الرابع
القياس

١٣٥ ـ *تعريف القياس* : القياس هو إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص فى الحكم الشرعى المنصوص عليه لاشتراكهما فى علة هذا الحكم .

ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان :

١ – المقيس عليه : وهو الأمر الذى ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .

٢ – المقيس: وهو الأمر الذى لم يرد نص بحكمه، ويراد معرفة حكمه ويسمى الفرع.

٣ – الحكم: وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص فى الأصل، ويراد الحكم به على الفرع.

٤ – العلة : وهى الوصف الذى شرع الحكم فى الأصل لأجله وتحقق فى الفرع(١).

١٣٦ ـ *هل القياس محكن فى جميع الأحكام* ؟ : اختلف الفقهاء-١٠٢- فى جواز إجراء القياس فى جميع الأحكام الشرعية، فرأت قلة أنه جائز لأن جميع الأحكام الشرعية من جنس واحد، وتدخل تحت حد واحد هو حد الحكم الشرعى وتشترك فيه، وقد جاز

الصدر تعليق "رقم-١٠٢-": يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على القياس بجميع أقسامه ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعى، لعدم دليل معتبر على حجيته، ولا يصح الاعتماد على دليل غير علمى ما لم يقم دليل معتبر على اعتباره، مضافا إلى ما مر عليك قريبا من الآيات المباركة الناهية عن العمل بالظن مثل قوله سبحانه وتعالى فى سورة الأنعام ١١٦، وفى سورة يونس ٦٦، ﴿إن يتبعون إلا الظن وإن هم إلا يخرصون﴾. مضافا إلى الأدلة المانعة عن العمل بغير العلم والأخبار الكثيرة الواردة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام الناهية عن القياس والمانعة من العمل به والاعتماد عليه.

أما القياس الذى يوجب القطع بالحكم فمن البديهى صحة الاعتماد عليه، لأن القطع حجيته ذاتية بمعنى أنه حجة دائما من أى سبب حصل ولا تمنع الأدلة المانعة من القياس من العمل بالعلم الحاصل من القياس لأن الاعتماد على العلم لا على القياس .

أما الدليل المشتمل على العلة فيأخذ فقهاء المذهب الجعفرى بعموم العلة، ويكون الدليل المعلل دليلا فى كل واقعة تتحقق فيها العلة المذكورة. ودليلهم على ذلك هو الدليل الدال على حجية الرواية ولزوم الاعتماد على ظاهرها فإنها ظاهرة عرفا فى شمول الحكم لجميع الموارد التى تكون مصداقا للعلة .

ولا فرق فيما ذكرناه بين جميع الأحكام الشرعية ولا اختصاص له بالجرائم والعقوبات التى هى محل الكلام .

---

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٤٢ .

<عوده> على بعضها أن يكون ثابتا بالقياس، وما جاز على بعض المتماثلات كان جائزا على بعضها الآخر. ورأى جمهور الفقهاء أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة فى كل الأحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت حد واحد، لأنها متنوعة ومتمايزة بأمور موجبة للتنوع والتمايز؛ ولا مانع من أن يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد جاز بحسب خصوصيته وتعيينه لا بحسبانه حكما شرعيا مجردا. وعند هؤلاء أن القياس فى كل الأحكام ممتنع لسببين:

أولهما: أنه يفضى إلى أمر ممتنع فكان ممتنعا؛ لأن كل قياس لابد له من أصل يستند إليه، فلو كان كل حكم يثبت بالقياس لكان حكم أصل القياس ثابتا بالقياس، وكذلك حكم أصل أصله، وإذا تسلسل الأمر إلى غير نهاية امتنع وجود قياس ما؛ لتوقفه على أصول لانهاية لها.

وثانيهما: أن من الأحكام ما يثبت غير معقول المعنى كتحديد جلد الزانى غير المحصن بمائة جلدة، وقاذفات المحصنات بثمانين، وما كان كذلك فإجراء القياس فيه متعذر؛ لأن القياس يقوم على تعدية علة الأصل للفرع، فما لا يعقل له علة يمتنع إثباته بالقياس(١).

١٣٧ـ القياس فى الجرائم والعقوبات: واختلف الذين لا يجيزون القياس فى كل الأحكام فى جواز القياس فى الجرائم والعقوبات، فقال بعضهم إنه جائز، وقال بعضهم إنه غير جائز، ولكل حججه.

والقائلون بجواز القياس لهم حجتان:

الأولى: أن النبى صلى الله عليه وسلم أقر القياس حين سأل معاذا بم تقضى؛ قال أقضى بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد أجتهد رأيى، فأقره الرسول على قوله: أجتهد رأيى، وهو تعبير مطلق لا تفصيل فيه، فدل ذلك على جواز القياس-١٠٣- فى الجرائم والعقوبات.

تعليق "رقم-١٠٣-": مر عليك قريبا ضعف هذه الرواية وإرسالها ومعارضتها بغيرها وتصريح الحورانى كونها فى الموضوعات، كما مر آنفا إمكان تأويلها. ولو سلمنا دلالتها وسندها فهى على اعتبار القياس بعمومه فتعارض ما دل على الردع عن أعمال الرأى فلا يصح الاعتماد عليها ولا يكون مصححا للعمل بالقياس، لأنه إما أن يدعى اتحاد مورد الدليلين فلا يصح الاستناد إلى كل منهما لتساقطهما بالمعارضة، وإما مع دعوى أن مورد الأخبار الناهية قسم من الرأى. وما لم يعلم أن القياس الظنى هل هو من الرأى الذى هو حجة ويصح الاعتماد عليه أم من الرأى المنهى عنه، فلا تكون الرواية دليلا على حجيته مع أن الرواية مختصة بمعاذ، وبالقضاء فلا يجوز الاستدلال بها فى غير موردها إلا مع القطع بعدم الفرق. وكيف لنا بالقطع يا ترى.

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٨٩ وما بعدها.

<عود ٥> الثانية : أن الصحابة لما اشتوروا فى حد شارب الخمر قال على رضى الله عنه إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحدوه حد المفترى. فقاس حد الشارب على حد المفترى-١٠٤-، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعا.

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج :

الأولى : أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التى لا يمكن أن تعقل المعنى الموجب لتقديرها-١٠٥- . والقياس أساسه تعقل علة حكم الأصل، فما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر .

الصدر تعليق "رقم-١٠٤-": لا يمكن الاستناد إلى هذه الرواية لإثبات القياس لعدم ثبوت اعتبار الرواية أولا . ولأن القياس إنما يحتاج إليه الجاهل بالحكم وهو (ع) عالم بجميع الأحكام وملاكاتها، وكيف لا يكون عالما بجميع ذلك وهو القائل : علمنى رسول الله (ص) ألف باب من العلم ينفتح لى من كل باب ألف باب ؟ وكيف يحمل كلامه على القياس وهو أشد الناس نقمة على القياس وإنكارا له ؟! أليس هو القائل كما فى كتاب الآمدى فى الأحكام جـ ٣ ص ٨٣ إنكارا على القياس : لو كان الدين بالقياس لكان المسح على باطن الخف أولى من ظاهره، فحكمه عليه السلام بتقدير صحة الرواية مبنى على علمه (ع) باتحاد حكم السكران والمفترى، وأن حكم الفعل الذى يؤدى إلى الافتراء حكم الافتراء نفسه، فالحديث أجنبى عن القياس، ولو سلم ظهور الرواية بالقياس فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور لما مر قريبا من عدم احتياجه إلى القياس وإنكاره له، ولو سلمت دلالة الرواية وسندها، فإن قوله (ع) حجة ولا يحتاج إلى إثبات حجيته بدعوى إجماع الصحابة على قوله .

الصدر تعليق "رقم-١٠٥-": إذا أمكن للعقل معرفة المعنى الموجب لبقية الأحكام فإنه يمكنه تعقل المعنى الموجب لتقديرها فلا فرق بين الجرائم والعقوبات وغيرها من الأحكام . فإذا صح للقائل بالقياس أن يقيس غير الصغيرة البكر، وغير البكر إذا كانت صغيرة، وغير الصغيرة إذا كانت مجنونة بالبكر الصغيرة التى وردت الرواية ومنعت من أن يزوجها إلا وليها، صح أن يقيس الأمة على الزوجة، وصوم غير رمضان على صوم رمضان فى وجوب الكفارة، فإن الدليل وإن ورد فيمن أتى أهله فى شهر رمضان، ولكن بالقياس يرى الحكم إلى غير الأهل وغير رمضان، كما يمكن أن يحكم بعدم وجوب إقامة حد الزنا على من وطئ جارية ابنه قياسا على عدم قطع يد الأب إذا سرق من مال ولده.

عود إلى الثانية: أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة، والقياس لما يدخله احتمال الخطإ، واحتمال الخطإ شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات-١٠٦- لقوله عليه الصلاة والسلام : (ادرءوا الحدود بالشبهات) .

والثالثة : أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقة، ولم يوجبه بمكاتبة الكفارة مع أنه أولى بالقطع، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكرا وزورا، ولم يوجبها في الردة مع أنها أشد من المنكر وقول الزور . فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه[1]-١٠٧- .

وقد تكون حجج هذا الرأى من القوة-١٠٨- بحيث ترجحه على الرأى الأول خصوصا إذا لاحظنا أن تقرير حد القذف لم يكن نتيجة القياس، وإنما كان تقريره نتيجة للإجماع عليه-١٠٩-، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس؛ لأن القياس لم يجعله تشريعا ملزما، وإنما الذى جعله كذلك هو الإجماع عليه .

الصدر تعليق "رقم-١٠٦-": لو تم هذا البرهان لأفاد عدم إمكان إثبات الحدود والكفارات بالقياس لعدم إمكان تحديد مقدارها أو نفيها بالقياس فهو أخص من محل الكلام .

الصدر تعليق "رقم-١٠٧-": إذا منع هذا من جريان القياس فى الحدود فيمنع من إجرائه فى العبادات أيضا لأن الصلاة أهم من الصوم مع أنه يجب على الحائض إعادة الصوم دون الصلاة .

الصدر تعليق "رقم-١٠٨-": عرفت آنفا ضعف حجج كلا القولين .

الصدر تعليق "رقم-١٠٩-": إن المستدل بهذه الرواية يدعى أن المجمعين استندوا إلى هذه الرواية التى استند فيها الإمام للقياس، فإجماعهم إمضاء منهم للقياس فى المقام فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ولكن يرد عليه ما ذكرناه آنفا من عدم دلالة الرواية على القياس وعدم احتياجه (ع) للاستدلال به .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-من-١٠٢-إلى-١٠٩-": يبدأ بإنكار حجية القياس، ثم ينتهى بأن القياس لا يشمل جميع الأحكام الشرعية – طالما كان أساسه وحدة العلة – التى توجب الحكم القطعى لا بجرد الظن، وينتقد رأى فقيهنا بأن جمهور فقهاء السنة يرجح أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة، وتوسع فى بيان حجج الرأيين، ونحن لا نكتفى بجواز القياس بل نرى التوسع فيه، ونرجح رأى القائلين بعدم جواز القياس فى العقوبات المقررة بنصوص شرعية. وهذا هو ما نوافقه عليه لأن النصوص الخاصة بالعقوبات المقررة هى أحكام استثنائية لا يجوز التوسع فيها – ولأن باب التعزير مفتوح دون حاجة للتوسع فى العقوبات المقررة حدا أو قصاصا. لكنا نرى أن التعزير هو قياس فى نطاق النظريات التشريعية أو المبادئ المستفادة من النصوص – التى تحرم أفعالا معينة جماية لحق معين – فيكون كل عدوان على هذا الحق مستوجبا للتعزير .

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج٤ ص ٨٢ وما بعدها .

عوده على أنه يجب أن نعرف أن القياس فى العقوبات يقتضى قبل كل شىء القياس فى الجرائم، وأن القائلين بجواز القياس فى الجرائم، لا يؤدى قولهم إلى الإتيان بأحكام جديدة، أو خلق جرائم جديدة، وإنما يؤدى قولهم إلى توسيع الدائرة التى تنطبق فيها النصوص. فالقياس فى الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدرا تشريعيّا، وإنما هو مصدر تفسيرى يساعد على تعيين الأفعال التى تدخل تحت النص، فإذا حرم النص صورة معينة لعلة ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التى تتوافر فيها علة التحريم، كإلحاق اللواط بالزنا، وإلحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد، وإلحاق المسكر بالخمر عند البعض، وإلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعد آخذ الكفن سارقا وهكذا. ولا ضير من الأخذ بهذا الرأى الذى تأخذ به المحاكم اليوم إلى حد كبير وينادى بالتوسع فى تطبيقه علماء القانون وشراحه.

١٣٨ - *القياس فى الإجراءات*: ويسلم الفقهاء-١١٠- بالقياس فى الإجراءات الجنائية، بل يسلمون بالقياس وبغيره من المصادر الأخرى التى لا يعترفون بها مصادر تشريعية جنائية، كالعرف-١١١-، ومذهب الصحابى-١١٢-. فمثلا يرى البعض أن يكون الإقرار فى السرقة مرتين قياسا-١١٣- على اشتراط الأقارير الأربعة فى الزنا، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه. ويرى البعض جواز شهادة

المصدر تعليق "رقم-١١٠-": عدا فقهاء المذهب الجعفرى فإنهم لا يعتمدون على القياس فى جميع الأحكام ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعى أو بكيفية امتثاله خارجا.

المصدر تعليق "رقم-١١١-": لا يرى فقهاء المذهب الجعفرى العرف من أدلة الأحكام الشرعية ولا فى كيفية تطبيق الأحكام الجنائية وإنما يعتمدون على العرف فى فهم الأدلة الشرعية ومعرفة المراد منهم.

المصدر تعليق "رقم-١١٢-": أى القول أو السلوك الذى يأخذ به الصحابى ويتقيد به من دون أن يعرف له مستند، ولا يعتمد على ذلك فقهاء المذهب الجعفرى لعدم قيام دليل على لزوم الأخذ بما يذهب إليه كل صحابى، كما لم يثبت لديهم اجتهاد الصحابة وعدالتهم فضلا عن عصمتهم، ولو ثبت اجتهادهم وعدالتهم فلا يكون رأى أحدهم حجة على بقية المجتهدين ولا على العوام إلا أن يرجع إليهم فى التقليد. نعم يعتمد الشيعة على ما ذهب إليه من ثبت عصمتهم من الصحابة وهم أمير المؤمنين على عليه السلام وسيدة نساء العالمين فاطمة الزهراء والحسن والحسين (ع) سيدا شباب أهل الجنة.

المصدر تعليق "رقم-١١٣-": إن فقهاء المذهب الجعفرى وإن كان الرأى السائد بينهم هو ذلك إلا أنهم لم يستندوا للقياس بل استندوا إلى سيرة أمير المؤمنين (ع)، فلقد روى أن سارقا أقر عنده بالسرقة فنهره (ع) فأقر ثانية فقال (ع) أقررت به مرتين فقطعه.

عود٥ النساء فى الجرائم قياسا -١١٤- على جواز شهادتين فى المسائل المدنية، ويجمعون على الحفر للمرجوم -١١٥-، وهو مذهب على، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر -١١٦- مع شهادة الشهود فى إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود.

المصدر تعليق "رقم-١١٤-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى أن شهادة النساء لا تؤثر فى إقامة الحدود الشرعية إلا فى الزنا، ولم يستندوا فى ذلك للقياس بل لما روى عن أئمة أهل البيت (ع). ففى الخبر المعتبر الذى يرويه الحلبى أنه سئل الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) عن رجل فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وإن شهد عليه رجلان وأربع نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يرجم ولكن يضرب حد الزانى. نعم تثبت شهادتهن منضمة إلى شهادة الرجال.

المصدر تعليق "رقم-١١٥-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى لزوم الحفر للمرجوم استنادا إلى أخبار معتبرة.

وأما بقية فقهاء المسلمين فقد اختلفوا فى ذلك كما يرشدنا إلى ذلك ما ذكره ابن رشد فى الجزء الثانى من كتابه بداية المجتهد ص ٤٣٧، حيث قال: فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له، وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حيث أمر بحفرتها، وبه قال أبو ثور. إلى أن قال: وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير فى ذلك الشافعى ونقل عنه يحفر للمرأة فقط.

المصدر تعليق "رقم-١١٦-": لم أجد من اشترط من الفقهاء وجود رائحة الخمر، وإنما الخلاف بين فقهاء أهل السنة فى ثبوت الحد بالرائحة وعدم ثبوته، والذى ينقله ابن رشد فى كتابه هداية المجتهد عن أبى حنيفة هو عدم الاكتفاء بالرائحة.

أما فقهاء المذهب الجعفرى فلا يكتفون بالرائحة لاحتمال جهل شاربها بكون ما شربه خمرا أو كان مضطرا إلى شربها أو أكره على ذلك، كما لم يشترطوا فى ثبوت الحد إذا ثبت شرب الخمر بالبينة أو بالإقرار وجود رائحة الخمر.

الشاوى رأينا فى "التعليقات من أرقام-١١٠- إلى-١١٦-": يذكر أمثلة من آراء فقهاء الجعفرية يستدل بها على عدم جواز القياس وعدم قبول العرف أو رأى الصحابة (عدا المعصومين من أهل البيت) وأنهم يلتزمون بالأخبار المعتبرة. ونحن لا نعتقد أنها تغنى عن القياس، بل لا تغنى عن التوسع فيه.

التعريف الذى أورده يضيق فى نطاق القياس؛ وكان دون لو أنه انتهز هذه الفرصة ليبان دوره فى عملية التنظير.

إننا الآن فى مرحلة لابد فيها من استنباط نظريات عامة ولم يعد يكفى استنباط أحكام فرعية؛ وهذه هى مرحلة التنظير، وأساسها فى نظرنا هو التوسع فى مبدإ القياس من أجل تقنين التعازير.

فلم يعد يكفى فى نظرنا قياس حكم فرعى فيما لانص فيه على حكم فرعى آخر فيه نص شرعى؛ بل يجب أن يكون القياس على درجتين :

الأولى : بناء نظرية عامة مستمدة من علل الأحكام ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة – أو استنباطها من نص قرآنى أو حديث نبوى أو عدة نصوص تحمى حقا معينا من العدوان.

والثانية : هى الاستفادة من هذه النظرية فى استنباط أحكام فرعية عديدة للتعزير على أنواع أخرى من العدوان على هذا الحق قياسا – والقياس هنا هو إعمال لعلل الأحكام التى هى مقاصد الشريعة ومبادئها العليا وأصولها الإلهية التى يشير إليها بأنها علة الحكم الذى ورد به النص (فى رقم 4).

* * *

لقد اكتفى بالإشارة إلى وجود اتجاهين فى الفقه – أحدهما يضيق فى نطاق القياس والآخر يوسع فيه – ولم يقدم لنا رأيه فى الاختيار بينهما؛ ونحن نرى من واجبنا أن نقول إن مرحلة التنظير التى نحن فى حاجة إليها حالا ومستقبلا توجب اعتماد الرأى الذى يوسع فى نطاق القياس فى الأفعال التى تستحق التعزير رغم أنه ينسب إلى جمهور الفقهاء القول بتحديد نطاق القياس.

وبذلك نصل إلى القول بأن جميع النصوص القرآنية هى أصول لنظريات عامة؛ وإذا لم نستنبط حتى الآن إلا عددا محدودا منها فإن المستقبل كفيل بمواصلة الاستنباط لتكون علة كل من هذه النصوص منبعا خصبا يساعدنا فى الوصول إلى مبادئ ونظريات نستنبط منها أحكاما مستحدثة نواجه بها ما يجد فى المستقبل من قضايا ومشاكل ناتجة عن تطورات المجتمعات الإنسانية وتغير ظروفها ونمو حضاراتها .

القياس تعبير عن "الاجتهاد" فى جميع صوره ومجالاته بل هو أساس التنظير فى التعازير :

يسرنا أنه استعمل تعبير "الاجتهاد" فى (حديث معاذ) كمرادف للقياس؛ وهذه إشارة منه إلى تأييده لما نقوله من ضرورة التوسع فى القياس ليشمل جميع صور الاجتهاد ثم مواصلة الاجتهاد لبناء نظريات تشريعية.

وما أشار إليه من أن من يعارضون هذا التوسع يحتجون بعدم جواز التوسع فى عقوبات "الحدود"، فإننا نوافق على أنه لايجوز التوسع فى عقوبات الحدود بل يجب التضييق فيها بناء على مبدإ درء الحدود بالشبهات - لكن هذا فى نظرنا ليس إلا استثناء يؤكد القاعدة ولاينفيها ... وهى أن الاجتهاد أو القياس بمعناه الواسع هو المصدر الشرعى لتقنين "التعازير" - الحماية الحقوق التى نص المشرع على عقاب العدوان عليها بالعقوبات المقررة.

وقد سبق أن قلنا إننا نعارض القول بأن تصل التعازير إلى عقوبة مماثلة للحد - كما أن ما ذهب إليه بعض الأئمة من جواز إضافة التعزير إلى الحد، المقصود به هو تدابير الوقاية التى تدخل فى نطاق التعزير لأن الحد هو الحد الأقصى للعقوبة المقررة الواجب الحكم بها فى بعض الجرائم عندما يتوافر فيها ظرف مشدد.

وإذا كان فقهاؤنا قد ذكروا أمثلة لتدابير يجب أن تضاف إلى العقوبة الحدية مثل "التغريب" أو الإبعاد عن مكان وقوع الفاحشة، فإننا نرى أن ذلك النوع من الإجراءات يمكن عَدُّه من التدابير الوقائية لمنع تكرار جريمة الزنا أو عودة المجرم إليها، وقد بينا أن التعازير تتسع لما يسمى الآن تدابير الوقاية فى العصر الحديث ...

* * *

إذا كنا نؤيد التوسع فى القياس فى نطاق التعازير التى تتسع لإجراءات الوقاية، فإننا نرى أن ضرورة التوسع أكبر وأولى فى نطاق الإجراءات، وخاصة فى الإثبات .. سواء فيما يتعلق باشتراط تعدد الإقرار أو شهادة النساء بل والأطفال والقرائن الدالة على الجريمة، مثل رائحة الخمر، شرط أن تكون خاضعة كلها لتقدير القاضى واقتناعه طبقا لمبدإ الأدلة الإقناعية ... وفى عصرنا يستعمل تحليل الدم لثبوت حالة السكر - وهذا مانفهمه لما قاله الإمام ابن القيم من أن كل ما يوصل إلى الحقيقة من أدلة الإثبات فهو شرع الله. ولا يقيد الإثبات بدليل معين إلا بنص شرعى استثنائى وفى حدود هذا النص الاستثنائى وحده، وهذا فيما يتعلق بالحدود والقصاص فقط فلايجوز التوسع فى أدلتها لأن الشارع قصد تضييق نطاق عقوباتها المقررة.

المبحث الثالث
تفسير الأحكام الجنائية (أى النصوص الجنائية)

عود ١٣٩ ـ سلطة القاضى فى تفسير النصوص: للقاضى وهو يطبق النصوص أن يفسرها-١١٧- إذا وجد غموضا أو خفاء فى دلالتها أو تضاربا بين عباراتها. وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى فى فهم الأحكام من النصوص، وبعض هذه القواعد لغوية وبعضها تشريعية.

الفرع الأول
فى القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

١٤٠ ـ كيف استنبطت هذه القواعد؟: استنبط علماء الأصول هذه القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويا-١١٨-، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غموض؛ لأن بعضها يكون واضحا وبعضها يكون غامضا، ثم بحث اللفظ من حيث اشتراكه فى أكثر من معنى، ومن حيث عمومه وشموله لكل أفراده، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الأفراد دون البعض. فقواعد التفسير اللغوية-١١٩- يقتضى العلم أن ندرس "أولا" دلالات العبارات والألفاظ أو مفهومهما، "ثانيا" وضوح الدلالات وغموضها، "ثالثا" اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها.

وقد وضعت قواعد التفسير أصلا لتطبق فى فهم معانى النصوص الشرعية، ولكنها فى الواقع تطبق أيضا فى معانى أى نص غير شرعى مادام مصوغا فى لغة عربية.

الصدر: تعليق "رقم-١١٧-": إذا كان مجتهدا، وإن لم يكن مجتهدا فإن عليه أن يأخذ تفسيرها من أحد المجتهدين إلا إذا عين رئيس الدولة أحد المجتهدين أن يؤخذ برأيه. فإنه يتعين على القاضى الأخذ برأيه.

الصدر: تعليق "رقم-١١٨-": المستعمل عند العرف، ولا يعتمد على المعنى اللغوى إذا لم يكن مما يتفاهم فيه عرفا.

الصدر: تعليق "رقم-١١٩-": العرفية كما مر آنفا.

الشاوى: رأينا فى "التعليقات-١١٧- - -١١٩-": ذهب السيد الصدر إلى أن المجتهدين وحدهم لهم حق تفسير النصوص، ونحن نرى أن كل من يطبق النصوص الجنائية يلتزم بتفسيرها، فى حدود قدرته وعلمه - كل ما هنالك أن المقلد يلتزم برأى مجتهدى المذهب الذى يقلده أو الذى تختاره الأمة أو الجماعة بالشورى. فاختيار المذهب يكون للأمة أو الشعب أو الجماعة بالشورى، أما رئاسة الدولة فلا تعطى الحق فى التدخل فى التشريع أو الفقه إلا لتنفيذه والالتزام به. ويلاحظ أن قضاتنا أصبحوا مقلدين حاليا كأفراد - لكن القضاء كله كمؤسسة ترأسها المحكمة العليا تُعَدّ من أهل الاجتهاد وتشارك فيه. وإشارته إلى مراعاة العرف تستحق التأييد.

: التزامه الشخصي

تعريف التفسير عندنا هو الفهم الكامل للنص لاستخلاص ما يتضمنه من أوامر ونواه، ومن شروط وقيود على تطبيقه؛ وإذا كان قد تكلم عن "سلطة القاضي في التفسير"، فإن القاضي إنما يتولى ذلك بحكم واجبه في تطبيق النص المنشئ للجريمة والمبين لأركانها وشروطها والمحدد للعقوبة؛ ولاشك في أن الفقهاء والعلماء يشاركون في عملية التفسير سواء بحسبانهم "شراحا" أو مجتهدين يستنبطون الأحكام – لكن من المؤكد أن القضاء هو المكلف بتطبيق النصوص الجنائية والحكم بالعقوبات، بل وتدابير الوقاية التي تدخل في نطاق التعازير.

صحيح أننا نرى أن كل فرد مكلف مطلوب منه الالتزام بالنصوص وعليه أن يفهمها ويفسرها بقدر استطاعته حتى يلتزم هو بها، وفي نظرنا أن أقصى ما يصل إليه كل مكلف هو ما يكفي لالتزامه شخصيا بأحكام الشريعة؛ ولكن لانعتقد أن ذلك يعطي له الحق في الحكم على أعمال الغير بأن ينصب نفسه للإفتاء أو القضاء على الغير أو على أقوالهم؛ بل عليه أن يرفع الأمر للقضاء في المسائل الجنائية؛ ولذلك نتيجة سنعرضها عند تعليقنا على ما يسميه "الإهدار" حيث نرى أنه لاتوجد حالات تعفي القاتل من المسئولية عن القتل بحجة أن المجني عليه مهدر الدم – كل ما هنالك أن هذا قد يعد من الشبهات التي توجب استبعاد عقوبة القصاص[1] ...

ولكن كل مكلف لابد أن يكون قادرا على فهم النصوص التكليفية التي تأمره بالفعال معينة أو تحرم عليه أفعالا أخرى. ولابد أن يتعلم كل فرد ليكون لديه القدر الكافي من العلم لفهم النصوص والالتزام بها، ولذلك فإن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة.

في نظرنا أن تفسير النصوص الشرعية هو أولى درجات الاجتهاد وأولى مراحله؛ وفي نطاقه توجد درجات متفاوتة يشترك المكلف العادي في أدنى هذه الدرجات؛ فهو ملتزم بالتعلم والعلم بالقدر الضروري لكي يفهم النصوص التكليفية ويلتزم بها؛ وفوق ذلك توجد درجات أعلى من العلم والفهم والاجتهاد.

والفرق بين اجتهادات العامة وغيرهم من العلماء والفقهاء والمجتهدين، هو أنهم يجتهدون لأنفسهم ليؤدوا ما توجبه عليهم النصوص ويمتنعوا عما تحرمه عليهم؛ أما غيرهم من أهل العلم فاجتهادهم يكون في صورة فتاوى يقدمونها للعامة؛ ويجب أن يتوافر لدى العامي من العلم ما يكفي لكي يختار الرأي الذي يعمل به ويقتنع به أو يقلده عند تعدد الآراء في مذهبه؛ أو يختار المذهب الذي يقلده عند تعدد المذاهب.

(1) تراجع تعليقاتنا على البند (٣٧٣) وما بعده تحت عنوان "في إهدار الأشخاص".

عوده ١٤١ـ أولا: *دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها* : من المسلم به أن لكل لفظ دلالته، ولكل عبارة دلالتها. ويترتب على ذلك أن النص الشرعى، وهو مكون من ألفاظ وعبارات، قد تكون له دلالة واحدة، وقد يكون له أكثر من دلالة. ويستدل بالنص عادة على دلالته أى مفهوماته، وهذه المفهومات لا تخرج عن خمسة:

الأول : مفهوم العبارة: وهو المعنى الذى يتبادر إلى الذهن من صيغة النص، وهو الذى قصده الشارع من وضع النص؛ لأن المشرع حين يضع النص يختار له من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه-١٢٠-، ثم يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النص إلى ذهن المطلع بمجرد الاطلاع عليه.

الثانى : مفهوم الإشارة : هو معنى لم يوضع النص من أجله، ولا يتبادر إلى الذهن من الاطلاع على صيغة النص، ولكنه مع ذلك يكون لازما لعبارة النص أو لبعض ألفاظه. فمفهوم الإشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقه، مثل قوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا﴾ [الحشر:٨]. فمعنى العبارة الذى وضع النص من أجله هو أن الفقراء المهاجرين لهم نصيب من الفىء، ومفهوم الإشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التى تركوها قد خرجت عن ملكهم؛ لأن وصفهم بأنهم فقراء يستلزم ألّا تكون أموالهم على ملكهم-١٢١- .

الثالث : مفهوم الدلالة : هو المعنى الذى يفهم من روح النص ومنطقه، فإذا دلت عبارة النص على حكم فى واقعة ما لعلة استوجبت هذا الحكم،-١٢٢- فكل واقعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص إذا توافرت فيها علة الحكم، وكانت مساوية للواقعة التى جاء لها النص أو أولى منها بالحكم، على أن تكون المساواة أو الأولوية متبادرة إلى الفهم دون حاجة لقياس أو اجتهاد. ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿فلا تقل لهما أفٍّ ولا تنهرهما﴾ [الإسراء:٢٣]. فقد نهى الله عن التأفف من الوالدين ونهرهما وحرم

الصدر تعليق "رقم-١٢٠-": إذا كان المتكلم فى مقام بيان غرضه وإفهام مراده. أما إذا كان فى مقام إهمال غرضه وإجمال مراده، فلا يلزم اختيار ما كانت دلالته واضحة . أما حمل اللفظ على ظاهره فلا ريب فيه لأن المتكلم إذا كان يريد غير المعنى الظاهر لكان عليه أن يقيم القرينة، فما لم تقم قرينة على المراد فلا بد وأنه يريد المعنى الظاهر ويكون هو المراد للمتكلم .

الصدر تعليق "رقم-١٢١-": إذا كان المراد وصف جميع المهاجرين بالفقراء. وأما إذا كان المراد خصوص من كان فقيرا منهم فلا دلالة فيها على ذلك، مع إمكان أن يكون وصفهم بالفقر بعد هجرتهم إلى المدينة لعدم تمكنهم من التصرف فى أموالهم. فليست للآية المباركة دلالة إشارة على ما ذكره المصنف فلا يصح التمثيل بها .

الصدر تعليق "رقم-١٢٢-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو عدم التعدى عن موضع النص إلا مع حصول القطع بعلة الحكم. فأى مورد يعلم فيه بوجود العلة يسرى الحكم إليه دون سواه .

ذلك، وهذا هو المفهوم من عبارة النص، ولكن الذى يفهم من دلالته أن كل ما ساوى التأفف أو كان أشد منه محرَّم أيضا، لتوافر علة التحريم فيما يساوى التأفف، ولأن ما زاد عليه أولى بالتحريم. أما ما يقل عن التأفف والنهر فلا يدخل تحت النص.

ويسمى الاستدلال على هذا الوجه بالقياس الجلى لظهور فهم المساواة أو الأولوية بين المنطوق والمفهوم الموافق له، كما يسمى مفهوم الدلالة بمفهوم الموافقة، لأنه يوافق منطوق النص فى علة الحكم موافقة تفهم بمجرد فهم عبارة النص، ويسمى أيضا فحوى الخطاب أى روحه وما يعقل منه.

الرابع: مفهوم الاقتضاء: هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى-١٢٣-، مثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] فهذه الصيغة قد يفهم منها معانٍ كثيرة ولكن لا يمكن أن تصح وتستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم مقصود منه الزواج، وهذا هو مفهوم الاقتضاء. ومثل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عليكم الميتة﴾ [المائدة: ٣]. فمفهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الأكل.

الصدر تعليق "رقم-١٢٣-": عقلا أو شرعا أو لغة أو عادة أو كان صدق النص موقوفا عليه.

أما مثال الذى يتوقف صحته عقلا عليه فقوله تعالى: ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف: ٨٢]. فإن صحة السؤال من المدينة عقلا يتوقف على تقدير لفظ أهل.

ومثال ما يتوقف عليه صحته شرعا قولهم: اعتق عبدك عنى على ألف. فإن معنى هذا الكلام أن المأمور بالوكالة عن الآمر يعتق العبد فكان الآمر هو العاتق ولما أنه ورد شرعا أنه لا عتق إلا فى ملك فتدل العبارة على طلب تملكه فيكون التقدير ملكنى العبد بألف ثم اعتقه عنى.

ومثال ما يتوقف عليه صحة الكلام لغة المثال الذى ذكره المؤلف، إذ لا يصح لغة تعلق الحكم الشرعى بالأعيان الخارجية فلا بد لصحتها واستقامتها لغة من أن يقدر متعلق الحرمة وهو الزواج فى المثال الأول والأكل فى المثال الثانى.

ومثال ما يتوقف صحة الكلام عليه عادة قولهم رأيت أسدا فى الحمام فإن صحته عادة متوقفة على إرادة الرجل الشجاع من لفظ الأسد لاستحالة وجود الأسد فى الحمام عادة.

ومثال ما كان صدق النص موقوفا عليه قوله(ﷺ): لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام، فإن صدق الكلام يتوقف على تقدير الأحكام والآثار الشرعية لتكون هى المنفية حقيقة لتحقيق الضرر والضرار عند المسلمين قطعا، فالمنفى واقعا الضرر باعتبار آثاره الشرعية لأنه سبحانه وتعالى لم يحكم حكما يوجب الضرر على المسلمين.

عوده

الخامس: مفهوم المخالفة: هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة، أو هو المعنى الذى انتفت عنه قيود النص. وقد اختلف الأصوليون فى مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دلالتين: دلالة على حكم معين منطوق، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه، أى فى مفهوم المخالف، فقوله تعالى: ﴿أو دما مسفوحا﴾ [الأنعام: ١٤٥]، يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم النص المخالف. فكلما دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على نقيض هذا الحكم بمفهومه المخالف. فمفهوم المخالفة ليس مسكوتا عنه عند هؤلاء.

والفريق الثانى يرى أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به، ولا يوضع لمفهومه المخالف، فطبقا لهذا الرأى لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين فى منطوقه، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه وهذا هو الرأى الراجح -١٢٤- .

الصدر تعليق "رقم-١٢٤-": لأن تقييد الدم بالمسفوح: كما يمكن أن يكون لتقييد الحكم بالطهارة وأنها مقيدة بخصوص الدم المسفوح دون سواه، يمكن أن يكون لبيان نفس موضوع الحكم أو ما تعلق به الموضوع، فلا يستفاد منه إلا تقييد موضوع الحكم أو متعلق الموضوع فلا ينفى الطهارة عن غير الدم المسفوح وما لم تقم قرينة على المعنى الأول فلا يكون للجملة دلالة على نفى الحكم عن غير المسفوح.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٢٠- إلى-١٢٤-": أنه يورد بعض تحفظاته على أقوال فقيهنا - فيما عدا رقم-١٢٢- فيشير إلى أن الجعفرية يلتزمون بالنص ولا يقيدونه إلا مع حصول القطع بعلة الحكم ... التى يوجب توافرها للتوسع فى تطبيق الحكم. تراجع الحاشية.

ونظريالها العامة :

ما أشار إليه من قواعد تفرضه الأصول اللغوية؛ لكن علينا أن نلفت النظر إلى أن المبدأ العام الذى يحكم "نظرية التفسير" فى المواد الجنائية هو أنها نصوص استثنائية، ولذلك يجب إخضاعها لتفسير ضيق حتى لايتسع نطاق العقوبات والاتجاوز قصد المشرع منها .

وما يعرضه من قواعد لغوية إنما تهدف لتحقيق هذه الغاية والالتزام بها .

إلى جانب هذا المبدإ، لابد أن نشير إلى أن الألفاظ والنصوص إنما هى أدوات أو وسائل للدلالة على معان أو مقاصد هى الهدف من النص وغايته، ولذلك فإن المفسر يجب أن تكون مهمته الأولى هى الوصول إلى مقاصد التشريع وحكمته لأنها لازمة لاستنباط الحكم من النص .

* * *

لقد عنى فقهاؤنا باستقصاء كل ما يمكن فهمه من مقاصد عبارات النصوص وبيان أولوية كل مفهوم منها بدقة متناهية، هذه الدقة تؤكد رأينا فى أن التفسير قد يحتاج فى أكثر الأحيان إلى قدر من العلم يتجاوز قدرة الفرد العادى؛ ولابد أن يتولاه حينئذ المختصون من الفقهاء والقضاة .

كنا نود لو أنه أضاف ما عنى بعرضه فى المقدمة من ضرورة تعمق فهم مقاصد النصوص القرآنية بالذات لكى تكون أساسا للنظريات العامة فى الفقه ومنبعا أصيلاً لها. وإشارته إلى ما يسمونه "القياس الجلى" أو الظاهر تشير إلى أن هناك درجات متفاوتة من القياس، وهو ما نستند إليه فى أن القياس يجب أن يتسع فى العصر الحاضر وفى المستقبل لأنواع تفتح الباب للتنظير بالقدر اللازم لتقنين التعازير .

ما ذكره عن المفاهيم المتعددة من النص، سواء العبارة أو الإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء أو المخالفة، يشير إلى أن هذا الترتيب يقصد به الأولوية لما يكون له أهميته عند التعارض كما سيوضحه فى البند التالى .

<عوده> ١٤١ ـ *تعارض المفهومات* : إذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم العبارة على مفهوم الإشارة-١٢٥-؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذى وضع النص من أجله، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذاته.

وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة-١٢٦- رجح مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة؛ لأن كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التى اختارها الشارع، أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه، وليس يصح أن نبطل معنى العبارات والألفاظ التى اختارها الشارع للمعنى الذى نفهمه نحن من روح النص .

أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره-١٢٧-؛ لأنه المعنى الذى لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به .

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على الرأى الراجح مسكوت عنه ولا عمل له .

١٤٣ ـ *ثانيا ـ وضوح الدلالات وغموضها* : تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس فى دلالته غموض ولا إيهام، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء .

والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة فى وضوح دلالته، بل بعضه أوضح دلالة من بعض، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض .

الصدر: تعليق "رقم-١٢٥-": لا يعقل تعارض مفهوم الإشارة مع مفهوم العبارة، لأن مفهوم الإشارة هو ما يكون لازما لعبارة النص أو لبعض ألفاظه، فكيف يكون معارضا للمفهوم العبارة المتبادر من النص يا ترى!؟

الصدر: تعليق "رقم-١٢٦-": مفهوم الدلالة كما مر عليك آنفا من المصنف هو ما يفهم من روح النص ومنطقه، فكيف يمكن أن يعارض المعنى المتبادر من النص وهو المسمى بمفهوم العبارة ؟ أو كيف يعارض مفهوم الإشارة الذى يكون لازما لعبارة النص ؟ وكيف يقطع يا ترى بوجود علة الحكم ليكون للكلام مفهوم دلالة فى مورد ينفيه ظاهر العبارة أو المعنى اللازم لها يا ترى!؟

الصدر: تعليق "رقم-١٢٧-": ولا يعقل أن يعارضه سواه، لأنه الذى لا تصلح صيغة النص بدونه ولا يعقل أن تكون إحدى المفاهيم تثبت عدم صحة النص .

الشاوى: رأينا فى "التعليقات-١٢٥- إلى-١٢٧-": أنها آراؤه الشخصية، والذى يهمنا هو إشارته إلى ما يتميز به المذهب الجعفرى كما فى تعليقيه رقمى-١٢٨-و-١٢٩-، وفى هذا الرقم الأخير يؤكد تركيزهم على جواز القياس كلما توافرت العلة الداعية للحكم بصورة قاطعة – ونحن نرى أن هذا الاتجاه يؤيد قولنا إن ظروف الحاضر والمستقبل تستلزم توسيع نطاق القياس ليشمل بناء النظريات العامة على أساس المبادئ التى تشير إليها النصوص، ولا نقف عند القياس على الحكم الفرعى المستمد من النص لتوافر العلة، بل يجب أيضا أن نأخذ فى الحسبان المبادئ العامة التى تشمل ما يسميه فقيهنا روح التشريع ومقاصده ومبادئه العامة – ويؤيده التعليقين رقمى-١٣٠-و-١٣١-.

عودة ١٤٤ـ أقسام الواضح الدلالة: ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام:
١ – الظاهر. ٢ – النص. ٣ – المفسر. ٤ – المحكم.

١٤٥ـ الظاهر: الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية، ولم يكن معناه هو المقصود أصلاً من السياق أي من وضع الصيغة-١٢٨-، مثل قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[البقرة: ٢٧٥].
فإحلال البيع، وتحريم الربا يفهم من لفظي أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية، لأنها سيقت أصلاً لنفي المماثلة بين البيع والربا، ردًّا على من قالوا بأن البيع مثل الربا ﴿ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥].
حكم الظاهر: يجب العمل بما ظهر منه ما لم يقم دليل يقتضي العدول عن ظاهره، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضي صرفه عن ظاهره، أو إرادة معنى آخر منه.
وإذا كان الظاهر عامًّا احتمل التخصيص، وإذا كان مطلقا احتمل التقييد. وإن كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازي، إلى غير ذلك من وجوه التأويل.
ولا يكون صحيحًا إلا إذا بني على دليل شرعي، من نص، وقياس-١٢٩-، أو روح التشريع ومبادئه العامة-١٣٠- فإذا لم يبن على دليل شرعي كان تأويلا باطلا.

١٤٦ـ النص: هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصالة من السياق، فمتى كان المعنى ظاهرا بوضوح في اللفظ – وهو المقصود أصالة من السياق – كان اللفظ نصًّا عليه، فقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾[البقرة: ٢٧٥]. نص على نفي المماثلة بين البيع والربا؛ لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصالة من سياقه.
حكم النص: حكمه هو حكم الظاهر، ويحتمل مثله التأويل-١٣١-.

المصدر تعليق "رقم-١٢٨-": بل ولو كان هو المقصود فالظاهر والنص باصطلاح علماء المذهب الجعفري كلاهما من الظاهر.

المصدر تعليق "رقم-١٢٩-": مر عليك قريبا أن فقهاء المذهب الجعفري لا يعتبرون القياس ولا يستندون إليه ولا يذهبون إلى شمول الحكم لغير مورد النص إلا مع وجود العلة المنصوصة أو القطع بالعلة الداعية للحكم في غير موردها.

المصدر تعليق "رقم-١٣٠-": يعني أن الظاهر مخالف لما يعلم كونه من الدين ومخالف لمبادئه وأسسه.

المصدر تعليق "رقم-١٣١-": مر عليك قريبا أن هذا القسم باصطلاح فقهاء المذهب الجعفري من الظاهر أيضا والنص عندهم ما لا يحتمل التأويل.

الشاوي رأينا في "التعليقات-١٢٨- – –١٣١-": تراجع الحاشية.

عودة

١٤٧ ـ المفسَّر: هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفي معه احتمال التأويل، مثل قوله تعالى فى قاذفى المحصنات: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾. [النور:٤].
ويُعَدّ النص مفسرا ولو ورد مجملا غير مفصل إذا ألحق به الشارع ما يفصله ويزيل إجماله، كقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾ [الإسراء:٣٣]. فهو نص مجمل، ولكن الرسول فصل معناه حين قال: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا لإحدى ثلاث: زنا بعد إحصان، وكفر بعد إيمان، وقتل نفس بغير نفس".
حكم المفسر: يجب العمل به كما فصل، ولا يحتمل أو يؤول أو يصرف عن ظاهره، والتفسير الذى ينفى احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة، أو المستفاد من بيان تفسيرى مصدره المشرع، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعد من التشريع ولا ينتفى معه احتمال التأويل.

١٤٨ ـ المحكَم: هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل إبطالا ولا تبديلا، ولا يبقى معها احتمال للتأويل. والمحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل؛ لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسى من قواعد الدين كعبادة الله وحده، والإيمان بكتبه ورسله، أو لأنه من أمهات الفضائل التى لا تختلف باختلاف الأحوال، كَبِرِّ الوالدين والعدل، أو لأنه حكم فرعى جزئى أيده الشارع، كقوله تعالى فى قاذفى المحصنات: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور:٤]. والمحكم لا يقبل التأويل؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيرا لا مجال معه للتأويل.
حكم المحكم: يجب العمل به قطعا ولا يحتمل صرفه عن ظاهره.

١٤٩ ـ حكم التعارض: إذا تعارض ظاهر ونص، رجح النص؛ لأن الشارع قصده أصالة-١٣٢-. وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يحتمل التأويل، وإذا تعارض محكم ومفسر، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر-١٣٣-.

الصدر تعليق "رقم-١٣٢-": قصد الشارع للنص أصالة لا يكون مصححا لتقديمه إلا إذا وقع التعارض بين إطلاقى الدليلين، فيقدم إطلاق النص، لأن الظاهر لم يقصده الشارع أصالة فلا يمكن التمسك بإطلاقه. فالآية المباركة لا يمكن الاستناد إليها فى الحكم بحلية جميع أنواع البيع أو بحرمة جميع مصاديق الربا لأن الهدف من الآية المباركة بيان الفرق بينهما كون الأفراد المتعارفة من البيع محكومة بالحلية والأفراد المتعارفة من الربا محكومة بالحرمة.

الصدر تعليق "رقم-١٣٣-": كيف يكون المحكم أقوى دلالة من المفسر وكل منهما لا يقبل التأويل؟ فلا برهان على لزوم تقديم المحكم دائما، بل يرجع فى فرض تعارضهما إلى القواعد المقررة للدليلين المتعارضين.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-١٣٢-، -١٣٣-": آراء شخصية للسيد الصدر لها تقديرها.

توصل الفقه إلى ضرورة التمييز بين درجات "الوضوح" فى عبارة النص ومفهومه؛ وأولها ما يَعُدُّونه ظاهر الوضوح، ومع ذلك فقد أشاروا إلى أنه يحتمل التخصيص أو التقييد بناء على دليل شرعى سواء كان نصّا أو قياسا (اجتهادا) استنادا إلى روح التشريع ومبادئه العامة .

إن ما عرضه من ترتيب الأولويات فى حال التعارض بين مفهوم بعض النصوص يؤكد لنا مدى الدقة التى أولاها الفقه لفهم النصوص – ولا يقصد بها فى نظرنا مجرد تقديسها – بل الهدف هو كما قلنا تمكين الأجيال المتعاقبة من العلماء والفقهاء وأهل الاجتهاد من مواصلة التعمق للوصول إلى استنباط النظريات العامة التى هى منبع الأحكام الفرعية ومنبتها ومفتاح نموها وتطورها وتجديدها .

ونحن نكتفى بالتذكير بأن أهم الغايات التى يجب أن أن نتوخاها من فهم النصوص فى الحاضر والمستقبل، إنما هى التعمق فى فهم مقاصدها وحكمتها وعللها التى نستطيع بها أن نبنى عليها النظريات العامة .

لقد قام أسلافنا بالدور الأكبر فى استنباط الأحكام الفرعية من النصوص مباشرة، بقى علينا الآن أن نتجه إلى ما هو أبعد من ذلك من المبادئ والمقاصد والنظريات العامة التى تحدد لنا الحقوق التى قصد الشارع حمايتها بالعقاب المقرر فى بعض النصوص – لأن اختيار المشرع لأفعال معينة ليفرض عليها عقوبة مقررة ليس عشوائيا بل لأنه يستلفت نظرنا لضرورة حمايتها عند فرض التعازير .

* * *

لم يقف الفقه عند حد العبارات الواضحة أو ما يسمونه "ظاهر النص"؛ بل سوى بها ثلاث صور أخرى ليست أقل وضوحا؛ بل إن بعضها يصل وضوحه إلى حد القول بأنه لا يحتمل أى تأويل يصرفه عن ظاهره ....

ولاننسى أن المجتهدين الذين بلغوا درجة كبرى فى العلم هم الذين يستطيعون أن يفرقوا بين النصوص التى يعترفون لها بأحد هذه الأوصاف المتفاوتة وإن كانت متقاربة لأنها كلها فى دائرة "الوضوح" .

* * *

والتدرج بين الصور الأربع من درجات "الوضوح" تصاعدى، بمعنى أن كلاّ منها أكثر وضوحا من سابقه حسب الترتيب الذى قدمها به واتبعه فى عرضها؛ أى أن أقواها وضوحا هو آخرها – أى المحكم يليه المفسر ثم النص وآخرها "الظاهر". والتفرقة بين هذه الأنواع مرجعها إلى الاجتهاد .

عودة

١٥٠ـ *أقسام الغامض الدلالة*: ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام:

١ – الخفى . ٢ – المشكل . ٣ – المجمل . ٤ – المتشابه .

١٥١ـ *الخفى* : الخفى فى الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل. ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الأفراد، أو ينقص صفة عنها، أو أن له اسما خاصا دونها، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية الخاصة تجعله موضع اشتباه، فيكون اللفظ خفيا بالنسبة لهذا الفرد . مثال ذلك لفظ السارق، فإنه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية من حرز مثله، ولكن فى انطباق لفظ السارق على الطَّرَّار – أى النشَّال – نوع من الغموض والخفاء؛ لأن النشال يأخذ المال من حاضر يقظان معتمدا على خفة يده ومسارقة الأعين، فهو يغاير السارق بوصف زائد فيه، هو جرأة المسارقة، ومن ثم فقد سمى باسم خاص. ومثال ذلك النباش أى سارق الأكفان، فإنه يختلف عن السارق فى أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأى، أو يأخذ من غير حرز على رأى آخر. فلفظ السارق يعد خفيّا بالنسبة للطرار والنباش، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هى البحث والاجتهاد؛ فإن رأى القاضى-١٣٤- أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مدلولات اللفظ، وطبق عليهما حكم السرقة، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة. والذى حدث فى هاتين الحالتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار-١٣٥- سارقا ولكنهم اختلفوا فى عَدِّ النباش-١٣٦- كذلك.

الصدر | تعليق "رقم-١٣٤-": إن كان مجتهدا والإ رجع إلى غيره من المجتهدين .

الشاوى | رأينا فى "تعليق-١٣٤-": تكرار من الصدر ما تضمنه فى تعليقه ١١٧.

الصدر | تعليق "رقم-١٣٥-": وهو الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى إذا سرق من الجيب والكم الباطنين، وفسر الباطن: بما إذا كان فى باطن الثوب أو فى ثوب داخل مطلقا، كان الثوب فى باطن الثوب أو ظاهره. واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أخبار رويت عن أمير المؤمنين (ع)، وقد يُستدل على ذلك بصدق الحرز على الجيب الباطنى وعلى جيب الثوب الداخل .

الصدر | تعليق "رقم-١٣٦-": أما فقهاء المذهب الجعفرى فقد اتفقوا على قطع يد النباش، واستندوا فى ذلك إلى أخبار معتبرة رويت عن أئمة أهل البيت (ع) واختلفوا فى أنه هل تقطع يد النباش مطلقا ولو كان ما سرق لا يساوى ربع دينار أو يشترط فى قطع يد النباش أن يبلغ سعره ربع دينار.

الشاوى | رأينا فى "التعليقين-١٣٥-، -١٣٦-": أن آراء المذهب الجعفرى التى أشار إليها تدور حول التزامهم بما يسميه "الأخبار المعتبرة" عن أئمة أهل البيت – التى نرى وصفها بأنها اجتهادات لهم يجب فى نظرنا معاملتها كغيرها من آراء الصحابة .

عوده

١٥٢ ـ المشكل : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه، ولكن يمكن تعيين المراد منه بقرينة خارجية. ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع لأكثر من معنى واحد، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصد الشارع منه، ولكن القرينة الخارجية تعين المعنى الذى يقصده الشارع، كلفظ القرء فى قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة:٢٢٨]. فإنه موضوع للطهر والحيض، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى قصده الشارع .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض، بأن يكون كل نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه، ولكن الإشكال فى التوفيق والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لإزالة إشكال المشكل هو الاجتهاد، فعلى القاضى-١٣٧- إذا ورد فى النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ وتعيين المراد به. وإذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض، فعليه أن يؤولها تأويلا صحيحا يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف-١٣٨-، على أن يعتمد

الصدر تعليق "رقم-١٣٧-": إن كان مجتهدا وإلا فيعتمد فى ذلك على من يرجع إليه من المجتهدين.

الصدر تعليق "رقم-١٣٨-": يعتمد عليه العرف ولم يكن الدليلان عرفا يعدان من الدليلين المتعارضين بل كان أحدهما يصلح عند العرف لأن يكون مبينا للآخر وشارحا له، كما إذا ورد دليل ينهى عن أمر من الأمور كالارتماس -(الانغماس)- للصائم مثلا، وآخر يجوزه، فالحديث الأول ظاهر فى حرمة الارتماس لأن الحرمة هى المعنى المستفاد من النهى عرفا وإن أمكن استعمالها فى الكراهة مجازا، والدليل الثانى صريح بجواز الارتماس للصائم، فيقع التعارض بين ظهور الدليل الأول وصراحة الدليل الثانى لعدم إمكان أن يحكم الفعل الواحد بالإباحة والحرمة فى زمان واحد، والعمل بمحتوى الدليلين يقتضى الذهاب إلى الكراهة ورفع اليد عن ظهور الدليل الأول بالحرمة لأن صراحة الدليل الثانى بالإباحة يكون قرينة عرفية على أن المراد من النهى فى الدليل الأول الكراهة. وهكذا، فإن كل دليل دل على الإباحة إذا عارضه ما دل على الوجوب والحرمة يكون قرينة على أن المراد من الأول الاستحباب ومن الثانى الكراهة .

كما أن الدليلين إذا كان أحدهما عاما وشاملا لأفراد كثيرة وكان الثانى مختصا ببعض أفراد الموضوع الأول، ومثاله أن يرد فى نص الربا حرام وفى آخر الربا بين الوالد والولد مباح، فإن الدليل الثانى لما كان أعم من الأول فيكون مفسرا للدليل الأول ومخصصا له بغير الوالد والولد وقرينة عرفية على بيان المراد منه، فلذا لو كان متصلا به لما بقى على ظهوره فى شمول جميع الأفراد. ولافرق فى الدليل المفسر بين كونه متقدما أو متاخرا منفصلا أو متصلا. ويسمى تقديم الخاص على العام تخصيصا إذا كان دلالة الدليل العام على شمول جميع الأفراد بالوضع إذا كان الشمول مستفادا من أدوات العموم، كما لو كان المثال الأول كل ربا من كل إنسان =

= حرام فيسمى الدليل الثانى مخصصا. وأما إذا كان شموله مستفادا من الإطلاق ومن تعلق الحكم بالطبيعة التى لها أفراد كثيرة وكان الخاص مختصا ببعض الأفراد كالمثال الذى ذكرناه فى أول التعليقة، فإن الخاص يقدم ويسمى مقيدا. ومن موارد التأويل الصحيح العرفى ما لو كان أحد الدليلين دالا على ثبوت حكم لموضوع كان الآخر ينفى وجود ذلك الموضوع. ومثاله أن يرد فى النص، يجب الحج على المستطيع. وورد فى نص آخر: المدين ليس مستطيعا، ففى مثل هذه الموارد يكون الدليل الثانى قرينة على عدم وجوب الحج على المدين لأن الدليل الأول يوجب الحج على خصوص المستطيع والنص الثانى ينفى صفة الاستطاعة عن المدين فيقدم الدليل الثانى ويسمى حاكما ويسمى الدليل الأول محكوما. ولا يصح التأويل فى غير هذه الموارد التى ذكرناها، بل يكون الدليلان من المتعارضين.

وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفرى فى العمل بالدليلين المتعارضين، فذهب بعضهم إلى لزوم العمل بالدليل الراجح منهما، ومع عدم رجحان فى أحد الدليلين فالمكلف مخير بالعمل بأيهما شاء. وذهب بعضهم إلى لزوم العمل بالراجح منهما ومع تساويهما فلا يصح العمل بأى من الدليلين. وذهب بعضهم إلى أن المجتهد مخير فى الاعتماد على أى من الدليلين شاء ولو كان أحدهما أرجح وذا مزية، وإنما يحسن للمجتهد الأخذ بالراجح. وأرجح هذه الآراء هو الرأى الأول. كما اختلفت آراؤهم فى الأمور التى توجب الرجحان، والرأى الراجح هو أن الأمور التى توجب الرجحان ثلاثة :

الأول : كون أحد الدليلين أشهر رواية بمعنى اشتهار روايته بين الرواة .

الثانى : أن يكون مشابها لنص كتابى .

الثالث : ألاّ يكون موافقا لآراء بقية المذاهب الفقهية الإسلامية، فإذا ورد دليلان أحدهما موافق لآراء بقية المذاهب الإسلامية والآخر مخالف لها فيؤخذ بالأول لأن أئمة أهل البيت كثيرا ما كانوا يلتجئون إلى بيان غير الواقع خوفا على أنفسهم من السلطات القائمة فى تلك الأزمنة أو خوفا على شيعتهم فيما إذا تظاهروا بأمر يخالف ما عليه غيرهم من المذاهب الفقهية الإسلامية فيكون سبب معرفتهم وإنزال الضرر بهم، فلا يحصل لنا الوثوق بأن الدليل الموافق لبقية المذاهب الإسلامية صدر لبيان الحكم الواقعى، وأما الدليل المخالف لبقية المذاهب الإسلامية فلا يحتمل صدوره لغير بيان الحكم الواقعى فيستند إليه. وقد وردت أخبار معتبرة آمرة بالأخذ بالمرجحات المذكورة فلا مجال للتخيير مع وجود إحدى هذه المرجحات. وأما مع عدمها فالرأى الراجح عندنا هو التخير، وأما المرجحات الأخرى التى ذكرها بعض الفقهاء فلم يقم على الترجيح بها دليل معتبر بنظرنا.

الشاوى رأينا فى "التعليق المطول-١٣٨-": أنه يورد آراءه الشخصية – إلا أن الرأى الذى أشار إليه من أنه يرى ترجيح الرأى الذى لا يكون موافقا لآراء أهل السنة، يستند إلى تفسير غير مقبول لمواقف آل البيت كنا نتمنى أن يستبعده ونخشى أن يكون هو فى بعض تعليقاته يحرص على إبراز بعض الآراء التى يرى هو أنها تخالف آراء السنة .

ونحن نفضل أن يتجه الباحثون فى المذاهب كلها إلى ترجيح الآراء التى تقرب بين المذاهب وليس تلك التى تباعد بينها كما يقول .

عودة في تأويله على نصوص أخرى-١٣٩-، أو على مبادئ الشريعة العامة-١٤٠- وحكمة التشريع فيها-١٤١- .

١٥٣ ـ **المجمل** : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد. من ذلك الألفاظ التى نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة، كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعيا خاصا لا معناه اللغوى. فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ فى نص شرعى، كان مجملا حتى يفسره الشارع، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيتها، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرهما مما جاء مجملا فى نصوص القرآن .

ومن المجمل اللفظ الغريب الذى فسره القرآن، كلفظ القارعة فى قوله تعالى: ﴿القارعة* ما القارعة * وما أدراك ما القارعة * يوم يكون الناس كالفراش المبثوث * وتكون الجبال كالعهن المنفوش﴾ [القارعة: ١-٥].

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصا وليس فى صيغة اللفظ ولا فى القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل، والطريق إلى بيانه وإزالة إجماله هو الشارع نفسه،فإن لم يبينه فلا بيان له .

وإذا صدر من الشارع بيان لمجمل ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه، فإن اللفظ المجمل ينتقل بهذا البيان غير الوافى من باب المجمل إلى باب المشكل ، ويكون على القاضى -١٤٢- أن يزيل الإشكال باجتهاده دون حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع .

المصدر تعليق "رقم-١٣٩-": تكون قرينة عرفية على فهم المراد منها كما مر بتفصيل ذلك فى التعليقة السابقة .

المصدر تعليق "رقم-١٤٠-": إذا كان أحد الدليلين منافيا لمبادئ الشريعة الإسلامية فلا يكون حجة و لا يصلح لأن يعارض سواه .

المصدر تعليق "رقم-١٤١-": إذا أوجب القطع بالحكم الشرعى فالدليل المخالف لها يسقط عن الحجية وإن لم يوجب القطع بالحكم الشرعى فلا دليل على الترجيح بما وافقها إلا حصول الظن بما وافق الحكمة ولا دليل على اعتبار هذا الظن .

الشاوى رأينا فى "التعليقات أرقام-١٣٩-و-١٤٠- و-١٤١-": من حسن الحظ أنه يورد ما يؤيد أقوال فقيهنا فى الأصل.

المصدر تعليق "رقم-١٤٢-": إذا كان مجتهدا وإلا رجع فى ذلك إلى أحد المجتهدين.

عوده ١٥٤ ـ المتشابه : هو اللفظ الذى لا تدل صيغته على المراد منه، ولا توجد قرائن خارجية تبينه، واستأثر بعلمه فلم يفسره .

وليس فى النصوص التشريعية شيء من المتشابه، فلا يوجد فى آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه، وإنما يوجد المتشابه فى مواضع أخرى . ومن أمثلته الحروف المقطعة التى بدئت بها بعض سور القرآن-١٤٣- .

١٥٥ ـ ثالثا ـ اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها : ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذى وضع له إلى : مشترك، وعام وخاص :

المصدر تعليق "رقم-١٤٣-": ذكرنا فى تفسير هذه الحروف فى الجزء الأول من كتابنا "محاضرات فى تفسير القرآن الكريم" ص (١٠١) ما يأتى : "إنها تشتمل على معان وإشارات لا يفهمها إلا الرسول الأعظم (ﷺ). وإن الغرض من إفهام تلك المعانى بهذه الكيفية هو إفهام الناس أن القرآن المعجز الذى عجز العرب عن الإتيان بسورة من سوره مركب من هذه الحروف التى يتركب منها كلامهم وتتكون منها خطبهم وأشعارهم، فعجزهم مع ذلك عن معارضته ومقابلته والتجاؤهم إلى السيف دليل على أنه من الله تبارك وتعالى. وقد يستفاد ذلك من نفس القرآن أيضا فإن ظاهر قوله تعالى: ﴿ذلك الكتاب﴾ [البقرة : ٢]، هو إخبار عن نفس هذه الحروف، ولما لم تكن هذه الحروف هى القرآن الكريم فلابد وأن يكون المراد أن القرآن الكريم مركب منها، مع ذلك عجز العرب عن مجاراته" . انتهى .

ولقد وردت بعض الأخبار فى تفسير هذه الحروف المقطعة، ولا مانع من أن يكون المراد من هذه الحروف الإشارة إلى إعجاز القرآن، مع اشتمالها على معان أخرى لا يعرفها إلا النبى (ﷺ)، ولا سبيل لنا إلى فهم تلك المعانى إلا الأخبار الواردة عنه (ﷺ) فلا مانع من الاعتماد عليها إذا ثبت اعتبارها.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٤٢-": سبق أن بينا رأينا فيه – أما تعليق رقم-١٤٣- فهو رأى شخصى له فى التفسير .

عوده ١٥٦ ـ اللفظ المشترك : هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة، فهو يدل على ما وضع له على سبيل البدل، أى يدل على هذا المعنى أو ذاك، كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر، ولفظ اليد فى قوله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨]. فإنه يعنى اليمنى واليسرى، ويعنى من رءوس الأصابع إلى الرسغين وإلى المرفق وإلى المنكب-١٤٤-.

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعانى اللغوية.

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحى الشرعى دون غيره. فلفظ الطلاق موضوع لغة لحل أى قيد، وموضوع شرعا لحل قيد النكاح، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك فى قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾[البقرة:٢٢٩].وجب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحى .

الصدر تعليق "رقم-١٤٤-": أو خصوص الأصابع كما يذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الجعفرى تبعا لما ثبت عندهم من سيرة مولانا أمير المؤمنين (ع)، وقد نقل ذلك عنه الشافعى فى كتاب الأم الجزء السابع ص (١٨٢) . وقيل إن اليد استعملت فى القرآن الكريم بمعنى الأصابع فى قوله سبحانه وتعالى : ﴿فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله.. إلخ﴾ [البقرة: ٧٩]. لأن من المعلوم أن الكتابة بالأصابع دون الساعد والكف. وقد ذكرنا آنفا أن مما يشهد لصحة هذا الحكم قوله سبحانه وتعالى: ﴿وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا﴾ [الجن: ١٨]. فإن المساجد مفسرة بالمساجد السبعة اللاتى يجب السجود عليها ومنها الكف، فإذا كانت الكف لله فكيف تقطع يا ترى ؟!

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٤٤-": أن الجعفرية يرون أن قطع اليد فى حد السرقة يقصد به الأصابع فقط – سبق أن قلنا إنه رأى يستحق أن يؤخذ بعين الاهتمام عند دراسة حد السرقة فى القسم الخاص، لأن الأدلة التى استند إليها تستحق التقدير .

عوده وإذا كان اللفظ المشترك مشتركا بين معنيين أو أكثر من المعانى اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه، لأن الشارع لا يقصد عقلا من اللفظ إلا أحد معانيه-١٤٥-، وللقاضى-١٤٦- أن يستدل بالقرائن والأمارات التى تعين المعنى المراد.
ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو فى قوله تعالى : ﴿ولا تأكلوا مما لم يُذْكَرِ اسم الله عليه وإنه لفسق﴾ [الأنعام : ١٢١]. فالواو لفظ مشترك يستعمل لغة للعطف كما يستعمل للحال، فإن أريد به الحال كان النهى واردا على ما لم يذكر

المصادر تعليق "رقم-١٤٥-": يمكن أن يريد المؤلف من عبارته هذه أحد المعنيين :
أولهما : أنه يستحيل للمولى أن يقصد أكثر من معنى واحد من معانى اللفظ المشترك وهو أحد قولى علماء المذهب الجعفرى، ويستندون فى ذلك إلى أن استعمال اللفظ فى المعنى بمعنى إيجاد ذلك المعنى باللفظ لكن لا وجودا حقيقيا بل وجودا جعليا تنزيلا لأن وجود اللفظ وجود للمعنى تنزيلا، فكأنه بإيجاده اللفظ أوجد المعنى خارجا فهو وجود واحد ينتسب إلى اللفظ حقيقة أولا وبالذات وإلى المعنى تنزيلا وثانيا وبالعرض فلا يمكن أن يراد باستعمال واحد معنيين لأن لازمه أن يوجد بلفظ واحد معنيان وأن يكون قالبا لاثنين وهو محال .
وذهب آخرون إلى جواز استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، واحتجوا بأن الاستعمال غير منحصر بما ذكر فى حجة المانعين لإمكان أن يكون مستعملا فى معنيين بمعنى كونه مشيرا لهما لا مترلا مترلتهما .
والقول الثانى هو القول الراجح منهما كما يظهر ذلك لمن راجع الحجتين السابقتين .
ولكن الظاهر من المشترك استعماله بمعنى واحد، وإن قلنا بإمكان استعماله فى معنيين فلا يمكن إرادة أكثر من معنى إلا بقرينة تدل على ذلك .
ثانى المعنيين اللذين تحتملهما عبارة المصنف أن الشارع إنما يستعمل اللفظ فى المعنى لتفهيم مراده وتوضيح مقصوده وهو لا يحصل إلا بإرادة أحد معانى المشترك ويمكن أن يورد عليه لو أراد هذا المعنى بأنه مع تسليم إن كان استعمال اللفظ فى أكثر من معنى فلا ينافى إرادة تفهيم المراد وتوضيح المقصود بأن يستعمل اللفظ فى أكثر من معنى من معانى المشترك مع إقامة قرينته على مراده .
الشاوى رأينا فى "تعليق-١٤٥-": هى آراؤه الشخصية .
المصادر تعليق "رقم-١٤٦-": إذا كان مجتهدا وإلا فيرجع فى ذلك إلى أحد المجتهدين.
الشاوى رأينا فى "تعليق-١٤٦-": سبق أن ذكرنا أن رأينا هو أن الاجتهاد أو التفسير ليس خاصا بطائفة دون غيرها — كل ما هنالك أن قيمة كل اجتهاد أو تفسير ترجع إلى مقدار ما لدى صاحب الرأى من علم وفقه .

عوده اسم الله عليه، والحال أنه فسق أي ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله-١٤٧-، وإن أريد به العطف كان النهي واردا على ما لم يذكر اسم الله عليه مطلقا، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر.

ومهما تعددت معاني اللفظ المشترك، فإن الشارع لا يقصد إلا أحدها دون غيره؛ لأن المعاني المتعددة توضع على سبيل البدل-١٤٨- أي على أن يحل معنى بدلا من آخر، ولأن بعض المعاني متضاربة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضده في وقت واحد-١٤٩-.

المصدر تعليق "رقم-١٤٧-": أو كان عدم ذكر اسمه سبحانه لعدم الاعتقاد به أو لعدم الاهتمام به سبحانه.

الشاوي رأينا في "تعليق-١٤٧-": هي آراؤه الشخصية.

المصدر تعليق "رقم-١٤٨-": كونها كذلك لا يكون سببا لعدم جواز استعمالها في أكثر من معنى إلا إذا تم أحد الوجهين اللذين ذكرناهما في تفسير عبارة المتن.

المصدر تعليق "رقم-١٤٩-": إذا صح استعمال اللفظ في أكثر من معنى واستعمله الشارع في أكثر من معنى فيكون المقصود جميع المعاني التي استعمل اللفظ فيها ولا تكون المعاني متضادة على هذا القول.

الشاوي رأينا في "التعليقين-١٤٨-، - ١٤٩-": هي آراؤه الشخصية.

كما أن الوضوح له أربع درجات؛ فكذلك نقيضه وهو ما يسمى بالغموض - له درجات متفاوتة - وقد عرضها بترتيب تصاعدى فى "الغموض" كما فعل بالنسبة للدرجات الواضح؛ وأقصى هذه الدرجات غموضا هو "المتشابه" وعرفه بأنه ما استأثر الشارع الحكيم بعلمه - فهو غيب يليه المشكل ثم المجمل ثم الخفى.

والعلم والاجتهاد هو الذى يعترف لكل نص بحظه من الغموض؛ كما أنه هو الذى يعترف له بحظه من الوضوح كما أشرنا فيما سبق؛ وقد أشرنا مرارا إلى أن باب الاجتهاد مفتوح دائما والمجال للقول بأنه أُغلق؛ كل ما هنالك أن الاجتهاد أصبح جماعيا بعد أن كان فرديا؛ ونحن نصف فهم المكلف العادى للنصوص بأنه اجتهاد وإن كان أدنى درجات الاجتهاد لأن الشخص يجتهد لنفسه فقط لا لغيره.

ومن حسن الحظ أنه أكد أنه لا يوجد فى النصوص الجنائية (فى الكتاب أو السنة) ما يدخل فى نطاق "المتشابه" الذى استأثر الله بعلمه - لأنها إنما شرعت لكى يفهمها الجميع ويعملوا بها حسب فهمهم واجتهادهم - وأن ما يُعَدّ متشابها يدخل فى نطاق نصوص أخرى لاتدخل فى نطاق التشريع الجنائى لا نستطيع أن نتأكد من فهمنا لمقصدها حتى الآن .. مثل الحروف المقطعة فى أوائل السور القرآنية.

* * *

فى حالة اللفظ متعدد المعانى، فإن على المجتهد أو المفسر أن يستدل من القرائن والأمارات على المعنى المقصود من النص متعدد المعانى دون غيره؛ وهذا أمر اجتهادى ... مع ملاحظة أن كل ما هو محل للاجتهاد يجوز فيه الخلاف وتعدد المذاهب والآراء.

والتفصيلات التى عرضها فى هذا المضمار تدخل فى نطاق علم أصول الفقه ...

عودة | ١٥٧ـ اللفظ العام: هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين غير محصورين، ويدل بوضعه اللغوى على شمول هذه الأفراد واستغراقها جميعا-١٥٠-، مثل لفظ الوصية فى قوله صلى الله عليه وسلم : "لا وصية لوارث"، فهو يدل بوضعه اللغوى على شمول كل وصية؛ لأنه نكرة فى سياق النفى وهى تدل على العموم .

والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام، أن المشترك وضع لمعان متعددة، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين .

والألفاظ التى تفيد العموم تنحصر بالاستقراء فى سبعة أنواع :

١ – لفظ كل ولفظ جميع، فكل منهما يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه، مثل قوله تعالى: ﴿كل امرئ بما كسب رهين﴾ [الطور : ٢١] .

٢ – المفرد المعرف بأل الجنسية مثل قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]، وقوله : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥]. فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا، والجنس يتحقق فى كل فرد-١٥١-، فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا.

٣ – الجمع المعرف بأل الجنسية أو المعرف بالإضافة، مثل الأول قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . ومثل الثانى قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣].

٤ – النكرة فى سياق النفى-١٥٢- مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : (ولا يقاد والد بولده) وقوله : (لا وصية لوارث) .

المصدر | تعليق "رقم-١٥٠-": بل يدل لفظ الوصية بحسب وضعه على طبيعة الوصية. وإنما استفيد الشمول من قرينة خارجية تسمى بمقدمات الحكمة، وهو كون المتكلم فى مقام بيان مراده ولم ينصب قرينته على أن مراده بعض الأفراد فلابد وأنه مريد لجميع ما تصدق عليه هذه الطبيعة .

الشاوى | رأينا فى "تعليق-١٥٠-": هى آراؤه الشخصية .

المصدر | تعليق "رقم-١٥١-": كما يمكن أن يتحقق الجنس فى جميع الأفراد يمكن أن يتحقق فى بعضها فقط، ولا يمكن إثبات الأول مع عدم قرينة خاصة عليه إلا بواسطة القرينة المسماة بمقدمات الحكمة وقد أشرنا إليها آنفا .

المصدر | تعليق "رقم-١٥٢-": إذا دخل النفى على النكرة فإنما يدل على انتفاء جميع ما يرد من النكرة، والنكرة لا تدل بنفسها على شمول جميع الأفراد وإنما دلالتها على الاستيعاب بواسطة القرينة الخارجية العامة المسماة بمقدمات الحكمة التى أشرنا إليها آنفا.

موضوعه ٥ - الاسم الموصول-١٥٣- مثل قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤].

٦ - اسم الشرط مثل قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا﴾ [النساء:٩٣].

وقوله : ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمْها فإنه آثمٌ قلبه﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

٧ - اسم الاستفهام مثل قوله تعالى: ﴿من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفَه له﴾ [البقرة : ٢٤٥] .

فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يفيد بوضعه اللغوى العموم والشمول-١٥٤-.

المصدر تعليق "رقم-١٥٣-": وضع الاسم الموصول للجماعة ويصح أن يراد به أى جماعة مهما قلت أو كثرت، وإنما يستفاد الاستيعاب بتركة القرينة العامة المساواة لمقدمات الحكمة التى أشرنا إليها آنفا، ومثله اسم الشرط واسم الاستفهام فإنه لا يستفاد منهما الشمول إلا بواسطة القرينة العامة المساواة لمقدمات الحكمة .

المصدر تعليق "رقم-١٥٤-": فى خصوص النوع الأول، وبواسطة مقدمات الحكمة فى بقية الأنواع .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٥١- إلى-١٥٤-": هى آراء شخصية للسيد الصدر تكمل ما ذكره فقيهنا أو تعدله .

عوده ١٥٨- دلالة العام قطعية : وإذا ورد فى نص شرعى لفظ عام ولم يقم
دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه، لأنه موضوع لغة لهذا العموم، ولم يقم
دليل يصرفه عما وضع له، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا العام
قطعيا لا ظنيا-١٥٥-؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يلازمه معناه قطعا، وهذا هو معنى
القاعدة الأصولية: "العام الذى لم يخصص يتناول جميع أفراده قطعا" .
وإذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقى من أفراده بعد
التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقية بعد التخصيص ظنيا لا قطعيا؛
لأن النص الذى خصص العام أولا لابد أن يكون معللا، وهذه العلة قد تتحقق فى فرد
آخر لما بقى بعد التخصيص، فكأن التخصيص الأول قد جعل كل فرد من أفراد العام
الباقية محتملا للتخصيص-١٥٦-، ولهذا الاحتمال لا تكون الدلالة قطعية . ومن الأمثلة
على ذلك قوله تعالى : ﴿وأُحلَّ لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤]. فهذا نص عام ولكن
الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب". ففتح
هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاسوا المصاهرة على النسب-١٥٧-،
وحرموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب.

الصدر تعليق "رقم-١٥٥-": مع القطع بعدم وجود المخصص وعدم وجود مصلحة فى إخفائه .

الصدر تعليق "رقم-١٥٦-": إلا إذا قطع بعدم مخصص آخر وعدم وجود مصلحة فى إخفاء التخصيص فتكون دلالته قطعية فلا فرق بين العام المخصص وغيره فى كون دلالة كل منهما قطعية مع القطع بعدم وجود مخصص فى العام غير المخصص أو القطع بعدم وجود مخصص آخر فى العام المخصص، وإنما يحصل القطع المذكور إذا كان المولى فى مقام بيان مراده وكان متمكنا من ذلك ولم يكن فى مقام يقتضى الإخفاء لتقية وشبهها، أما إذا حصل الظن بعدم وجود مخصص فى العام غير المخصص أو مخصص آخر فى العام المخصص فتكون الدلالة ظنية، وإذا لم يحصل القطع ولا الظن فالدلالة احتمالية.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-١٥٥-، -١٥٦-": تشمل تعليقاته على آرائه الشخصية.

الصدر تعليق "رقم-١٥٧-": مر آنفا أن فقهاء المذهب الجعفرى لم يعدوا القياس من أدلة الأحكام الشرعية ولم يعتمدوا عليه فلم يقيسوا المصاهرة بالنسب .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٥٧-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتماد على القياس فى جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل - لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد تعنى الواسع أو استعمال العقل الذى صرح بأنه مصدر للتشريع عند الجعفرية ...

عودة ١٥٩ - ما يترتب على قطعية دلالة العام : ويترتب على القول بقطعية دلالة العام-١٥٨- الذى لم يخصص نتيجتان مهمتان :

النتيجة الأولى : أن العام فى نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخصصه ابتداء قياس ولا سنة غير متواترة-١٥٩-؛ لأن كليهما ظنى الدلالة-١٦٠-، والظنى لا يخصص القطعى-١٦١-.أما إذا خصص العام بقطعى فيصح بعد ذلك أن يخصصه

الصدر | تعليق "رقم-١٥٨-": مر آنفا أن دلالة العام لا تكون قطعية إلا مع القطع بعدم التخصيص وبعدم وجود مصلحة فى الإخفاء .

الشاوى | رأينا فى "تعليق-١٥٨-": تكرار لما قاله من قبل .

الصدر | تعليق "رقم-١٥٩-": أما القياس فليس من الأدلة الشرعية فى نظر فقهاء المذهب الجعفرى فلا يعتمد عليه فى تخصيص ولا غيره .

أما السنة المعتبرة قطعية الدلالة كانت أو ظنية فهى دليل شرعى، والرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بها، لأنها تكون قرينة على أن المراد بعض الأفراد دون الجميع فإن ما دل فى السنة على المنع من البيع الموجب للغرر يكون مخصصا لقوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع﴾، ومفسرا له وكاشفا على أن المراد به عدا البيع الذى يوجب الغرر .

الصدر | تعليق "رقم-١٦٠-": مر عليك قريبا أن السنة غير المتواترة وإن كانت ظنية السند فإنها تفسر العام القرآنى والعام الوارد فى السنة المتواترة وتكشف عن اختصاصه بغير موردها .

وأما القياس فلا يمنع من التخصيص به ظنية دلالته بل المانع عدم ثبوت حجيته وقيام الأدلة القطعية على عدمها ولو سلمت حجيته فهو ليس من الأدلة اللفظية ليخصص به الكتاب أو السنة.

الشاوى | رأينا فى "التعليقين-١٥٩-، -١٦٠-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتداد على القياس فى جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل، لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع - الذى يتسع لكل جهد عقلى - وقد قرر أن العقل هو المصدر الرابع للتشريع فى المذهب الجعفرى .

الصدر | تعليق "رقم-١٦١-": مر عليك قريبا أن العام ليس بقطعى الدلالة دائما، كما مر عليك آنفا أن الدليل القطعى الدلالة يمكن تخصيصه بدليل ظنى الدلالة إذا ثبت اعتباره، والعام الوارد فى القرآن والسنة المتواترة قطعى ولا ينافى ذلك تخصيص بدليل ظنى الصدور أو ظنى الدلالة ولا يخرج بالتخصيص عن كونه قطعى الصدور، وذلك لأن الخاص لا يعارض سند العام بل يكون شارحا ومفسرا له وقرينة على بيان المراد منه .

عوده قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالتخصيص الأول صار ظنى الدلالة -١٦٢-، ومن ثم يصح تخصيصه بظنى مثله .

النتيجة الثانية : أن العام الذى لم يخصص إذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فإنهما يتعارضان-١٦٣-؛ لتساويهما فى أن كلا منهما قطعى الدلالة، فإذا خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص، لأنه يصير ظنى الدلالة-١٦٤- فلا يعارض النص الخاص وهو قطعى الدلالة-١٦٥-، ويكون الترجيح للقطعى-١٦٦- .

على أن البعض يرى أن العام ظنى الدلالة فى كل الأحوال، لأن استقراء-١٦٧- نصوص الشريعة دل على أنه لم يبق فيها عام على عمومه حتى اشتهرت هذه القاعدة "مامن عام إلا وخصص" .

الصدر تعليق "رقم-١٦٢-": مر علينا قريبا أن العام فى كلتا الصورتين ظنى الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه مع عدم وجود مصلحة تمنع من إظهار التخصيص، وكيف يكون يا ترى قطعى الدلالة مع وجود دليل معتبر أخص منه يصلح لأن يكون مفسرا له وقرينة على اختصاصه ببعض الأفراد دون جميعها ؟

الصدر تعليق "رقم-١٦٣-": واللازم تقديم الخاص لأنه يصلح لأن يكون قرينة على العام ومفسرا له ومخصصا له بغير مورده، كما مر آنفا، ولا يكون العام مع وجود خاص مفسرا له مقطوع الدلالة .

الصدر تعليق "رقم-١٦٤-": مر عليك قريبا أن العام فى كلا صورتى تخصيصه وعدم تخصيصه ظنى الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه وبعدم وجود مصلحة فى إخفاء التخصيص .

الصدر تعليق "رقم-١٦٥-": قد يكون الخاص قطعى الدلالة وقد يكون ظنى الدلالة وهو فى كلا الحالين يقدم على العام ويكون مخصصا له ومبينا للمراد منه .

أما الخاص الظنى الدلالة فمثاله ما لو ورد فى الدليل: اشرب عصير الفواكه، وورد: لا تشرب ماء النومى، وشككنا فى ماء النومى الحامض وهل هو من عصير الفواكه المأمور بشربه أو أنه من ماء النومى المنهى عن شربه، وكل من الدليلين يدل عليه بالإطلاق لاحتمال كون النهى مختصا بماء النومى الحلو، فيكون الحامض مشمولا للعام، ويحتمل شمول الخاص له فلا يكون مشمولا للعام، فكل من الخاص والعام يحتمل شموله لماء النومى الحامض وكل منهما دلالته عليه ظنية، ولكن الذى يستند إليه ويؤخذ به هو الخاص وإن كان ظنى الدلالة لأنه أظهر من العام فى شموله للمشكوك فيه فيقدم على العام كما لو كان الخاص نصا فيه وكان: لا تشرب ماء النومى الحامض.

الصدر تعليق "رقم-١٦٦-": بل وإن لم يكن قطعيا كما مرت الإشارة إليه قريبا.

الصدر تعليق "رقم-١٦٧-": بل وحتى لو أغمضنا النظر عن هذا الاستقراء، فإن العام لا يكون قطعى الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه وعدم وجود مصلحة فى إخفاء التخصيص كمامرت الإشارة إليه.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٦١- إلى-١٦٧-": كلها ترجح ما انتهى إليه فقيهنا من أن العام ظنى الدلالة دائما .

ويترتب على هذا الرأى أن العام من نصوص القرآن والسنة يخصص ابتداء بالقياس-١٦٨-، وبالسنة غير المتواترة، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لا يتعارضان، بل يرجح الخاص لأنه قطعى الدلالة-١٦٩-، أما العام فظنى الدلالة، والقاعدة أن القطعى والظنى لا يتعارضان لعدم تساويهما-١٧٠-، وأن التعارض لا يكون إلا بين متساويين .

[المصدر] تعليق "رقم-١٦٨-": من آنفا أن الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى عدم الاعتماد على القياس فى جميع الأحكام الشرعية .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٦٨-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتماد على القياس فى جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل، لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع .

[المصدر] تعليق "رقم-١٦٩-": بل لأنه مفسر وشارح وصاخ لأن يكون قرينة عرفية على المراد منه وإن لم يكن قطعى الدلالة كما مر عليك ذلك مرارا .

[المصدر] تعليق "رقم-١٧٠-": مر علينا قريبا أن العام مع احتمال وجود الخاص أو احتمال مصلحة فى إخفاء الخاص لا يكون قطعيا .

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٧٠-": أنه يشتمل على آرائه الشخصية .

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات السابقة": أنه يصر على أن العام لا يكون قطعى الدلالة إلا إذا وجد دليل يقطع بعدم تخصيصه، وبذلك يعارض قول فقهائنا بأنه لا يوجد فى نصوص عام لم يخصص وأنها لذلك تكون ظنية دائما .

ويدهشنا أنه بعد أن قرر هذا المبدأ وأصر عليه وجد وسيلة للخروج عليه فى الحالات التى وصفها بأنها "وجود مصلحة فى إخفاء التخصيص" دون أن يقدم معيارا لوجود مثل هذه الحالات سوى ما أشار إليه من وجود التقية كمبرر لاستبعاد التخصيص. وبهذا أصبحت التقية وسيلة لتعطيل الآراء التى ينسبونها إلى الأئمة المعصومين فى نظرهم. ونحن نرى أن العصمة والتقية متناقضان. وحبذا لو وجد من فقهاء الشيعة من يفسر لنا ذلك.

ولاشك أن "التقية" تحتاج إلى مراجعة، وكذلك العصمة .

نرى أن الألفاظ العامة الأصل فيها أن تكون قطعية في شمولها لجميع أفراده، لكنها قابلة للتخصيص كلما وجد دليل على ذلك ... وهذه القابلية تجعله ظني الدلالة؛ وهذا هو ما نرجحه، خصوصا أنه يرى أن العام كله ظني الدلالة لأنه لا يوجد في نصوصنا لفظ عام إلا وقد خصص .

ويترتب على حسبان العام كله ظني الدلالة أنه يجوز تخصيصه متى وجد دليل اجتهادي من قياس أو ما يماثله من أساليب الاجتهاد ... أو سنة غير متواترة .

وهو يرى أن الدليل على تخصيص لفظ عام يجب في الأصل أن يكون في مستوى هذا النص من حيث قوته وحجيته، لكن إذا تم هذا التخصيص فإن العام المخصص يصبح ظني الدلالة ولو كنا عدّدناه قطعيا، قبل ذلك .

ونعتقد أن الاتجاه العام لدى السنة والشيعة هو أن العام ظني الدلالة في جميع الأحوال .

﴿عوده﴾ ١٦٠ ـ تخصيص العام : يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وقصره على بعض ما يتناوله من الأفراد، بحيث لا يدخل تحت حكم النص إلا ما بقى من أفراده بعد التخصيص، ولا يكون التخصيص إلا بدليل، وهذا الدليل على نوعين: دليل غير مستقل ودليل مستقل .

١٦١ ـ الدليل غير المستقل : هو ما كان جزءا من عبارة النص العام، مثل الاستثناء الوارد فى قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون * إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا﴾ [النور: ٤، ٥].

١٦٢ ـ الدليل المستقل : هو ما لم يكن جزءا من عبارة النص العام، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المبادئ العامة للشريعة : فإنها تخصص العام من الأحكام الشرعية، كما فى النصوص التى جاءت بتكاليف دون تخصيص، فإن هذه النصوص لا تنطبق إلا على من هم أهل للتكليف، أما فاقدو الأهلية كالمجانين والأطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقا لمبادئ الشريعة العامة، فكأن هذه المبادئ العامة خصصت نصوصا عامة من نصوص الشريعة.

النوع الثانى : العرف-١٧١- وقد يخصص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضى العرف بحمله عليه، مثل قوله عليه الصلاة والسلام: "لا قطع إلا فى ربع دينار" . فقيمة الدينار-١٧٢- تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث: النص الشرعى: فقد يخصص النص العام بنص آخر، ولكن يشترط أن يكون المخصص فى مرتبة العام المخصص من حيث قطعيته أو ظنيته،-١٧٣- أو أن يكون

الصدر تعليق "رقم-١٧١-": لا يَعُدّ فقهاء المذهب الجعفرى العرف من الأدلة الشرعية ليخصص به العام، وإنما يعتمدعلى العرف فى تفسير الدليل الشرعى اللازم حمله على المعنى العرفى.

الصدر تعليق "رقم-١٧٢-": لا يحتاج إلى العرف فى تحديد قيمة الدينار لأنه محدد واقعا، وهو مثقال ذهب خالص، وإنما يحتاج إليه فى تقييم المسروق إن لم يكن من النقود، فما رآه العرف يساوى ربع دينار فما زاد يجب القطع فيه وما لم يكن كذلك فلا يكون سببا للقطع .

الصدر تعليق "رقم-١٧٣-": مر عليك آنفا أن الخاص المعتبر يقدم على العام وان كان ظنى الدلالة لكونه قرينة عرفية على المراد من العام .

الشاوى رأينا فى "التعليقات -١٧١- - -١٧٣-": يسرنا أنه لا اعتراض لدى الشيعة على دور المبادئ العامة للشريعة فى تخصيص العام كما يرى فقيهنا .

وإذا كانت التعليقات أرقام-١٧١- و-١٧٢-و-١٧٣- تجادل فى دور العرف بحسبانه دليلا مستقلا، فإنه فى نظرهم يمكن أنه يفسر مضمون أى دليل شرعى آخر لكى يحمله على المعنى العرفى.

〈عوده〉 أعلى منه. وينبنى على ذلك أن نصوص القرآن يخصص بعضها بعضا، وأن نصوص السنة يخصص بعضها بعضا، إذا كانت كلها متواترة، أو كلها من أخبار الآحاد.

ويخصص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة، ولا يخصص بحديث غير متواتر أو مشهور، ولا يخصص حديث متواتر أو مشهور-١٧٤- بحديث من أخبار الآحاد؛ لأن القرآن قطعى، وفى حكمه الحديث المتواتر أو المشهور، أما خبر الآحاد فظنى .

١٦٣ـ المقصود من التخصيص : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من النص العام، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر، والقاعدة-١٧٥- أنه لا يبين النص إلا ما كان فى درجته أو أعلى منه . ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

[الصدر] تعليق "رقم-١٧٤-": بل يخصص القرآن الكريم وكذا السنة المتواترة المشهورة بكل حديث معتبر وإن لم يكن متواترا أو مشهورا، وقد مر آنفا عليك أن السر فى ذلك عدم معارضة الخاص للعام بل هو قرينة عرفية يصلح لبيان فهم المقصود منه وإن كان الخاص ظنيا والعام قطعيا .

[الشاوى] راينا فى "تعليق-١٧٤-": أنه يعطى أهمية أكبر للأحاديث غير المتواترة وغير المشهورة، وهو أمر مشكوك فيه فى نظرنا .

[الصدر] تعليق "رقم-١٧٥-": مر عليك قريبا عدم ثبوت هذه القاعدة، وأن القرآن الكريم والسنة المتواترة تخصص باخبار الآحاد التى ثبت اعتبارها .

أما النسخ فلا يثبت بالخبر الواحد لا للقاعدة المذكورة بل·لإجماع المسلمين على ذلك.

أما القرآن الكريم فإن الحكمة تمنع من أن تنسخ آية من آياته ولا يعمل بها لوجود آية اخرى منافية لها، فلا يمكن أن تكون فى القرآن آية منسوخة لا يعمل بها فإن لازمه وجود التنافى بين آيات القرآن الكريم والله سبحانه وتعالى يقول : ﴿أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا﴾ [النساء :٨٢].

وكيف تكون فى القرآن الكريم آية منسوخة لا يصح العمل بها بلا قرينة فى نفس الآية أو بآية متصلة بها بخبر ينسخها، مع أن القرآن أنزل لهداية البشر وقد أمروا باتباعه والاقتداء به ؟ فآيات القرآن الكريم لا تنسخ إلا بآية متصلة بها تكون قرينة على عدم لزوم العمل بما فيها وعلى نسخها، وله مثالان فى القرآن الكريم .

الأول : قوله سبحانه وتعالى: ﴿ياأيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدّموا بين يدى نجواكم صدقة ذلك خير لكم واطهر فإن لم تجدوا فإن الله غفور رحيم﴾ [المجادلة :١٢]، ﴿أأشفقتم أن تقدموا بين يدى نجواكم صدقات فإذ لم تفعلوا وتاب الله عليكم فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأطيعوا الله ورسوله والله خبير بما تعملون﴾ [المجادلة :١٣] .

فقد ذهب اكثر العلماء إلى أن الآية الأولى منسوخة بالثانية. وإليك ما ذكره فى المقام أستاذنا سماحة الإمام السيد أبو القاسم الخوئى فى تفسير البيان من ص ٢٦٣ – ص ٢٦٥، فقد قال دام ظله: =

= "وقد استفاضت الروايات من طرق علماء الشيعة وحفاظ السنة أن الآية الأولى المباركة لما نزلت لم يعمل بها غير على (ع)، فكان له دينار فباعه بعشرة دراهم فكان كلما ناجى الرسول (ﷺ) قدم درهما حتى ناجاه عشر مرات. روى ابن بابويه بإسناده عن مكحول قال: قال أمير المؤمنين على بن أبى طالب (ع) : لقد علم المتحفظون من أصحاب النبى (ﷺ) أنه ليس فيهم رجل له منقبة إلا وقد شركته فيها وفضلته، ولى سبعون منقبة لم يشركنى فيها أحد منهم. قلت: يا أمير المؤمنين أخبرنى بهن. فقال (ع) أول منقبة .. وذكر السبعين، وقال فى ذلك: وأما الرابعة والعشرون فإن الله ﷻ أنزل على رسوله (ﷺ) ﴿يأيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدِّموا بين يدى نجواكم صدقة﴾[المجادلة: ١٢]. فكان لى دينار فبعته بعشرة دراهم، فكنت إذا ناجيت رسول الله (ﷺ) أتصدق قبل ذلك بدرهم ووالله ما فعل هذا أحد غيرى من أصحابه قبلى ولا بعدى فأنزل الله ﷻ ﴿أأشفقتم﴾[المجادلة: ١٣].

وروى ابن جرير بإسناده عن مجاهد قال: قال على رضى الله عنه آية من كتاب الله لم يعمل بها أحد قبلى ولا يعمل بها أحد بعدى وكان عندى دينار فصرفته بعشرة دراهم فكنت إذا جئت إلى النبى (ﷺ) تصدقت بدرهم فنسخت فلم يعمل بها أحد قبلى ﴿يأيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدى نجواكم صدقة﴾[المجادلة: ١٢].

قال الشوكانى: وأخرج عبد الرازق وعبد بن حميد وابن المنذر وابن أبى حاتم وابن مردويه عنه أيضا قال: إن فى كتاب الله لآية ما عمل بها أحد قبلى ولا يعمل بها أحد بعدى آية النجوى ﴿يأيها الذين أمنوا إذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدى نجواكم صدقة﴾[المجادلة: ١٢]، كان عندى دينار فبعته بعشرة دراهم فكلما ناجيت رسول الله (ﷺ) قدمت بين يدى نجواى درهما ثم نسخت فلم يعمل بها أحد فنزلت ﴿أأشفقتم أن تقدموا بين يدى نجواكم صدقات﴾[المجادلة: ١٣]. وتحقيق القول فى ذلك أن الآية المباركة دلت على أن تقديم الصدقة بين يدى مناجاة الرسول (ﷺ) خير وتطهير للنفوس والأمر به أمر بما فيه مصلحة للعباد، ودلت على أن هذا الحكم إنما يتوجب على من يجد ما يتصدق به أما من لا يجد شيئا فإن الله غفور رحيم. ولا ريب فى أن ذلك مما يستقل العقل بحسنه ويحكم الوجدان بصحته فإن فى الحكم المذكور نفعا للفقراء لأنهم المستحقون للصدقات وفيه تخفيف عن النبى (ﷺ) فإنه يوجب قلة مناجاته من الناس، وإنه لا يقدم على مناجاته بعد هذا الحكم إلا من كان حبه لمناجاة الرسول أكثر من حبه للمال. ولا ريب أيضا فى أن حسن ذلك لا يختص بوقت دون وقت.ودلت الآية الثانية على أن عامة المسلمين غير على بن أبى طالب عليه السلام أعرضوا عن مناجاة الرسول (ﷺ) إشفاقا من الصدقة وحرصا على المال، ولا ريب فى أن إعراضهم عن المناجاة يُفوّت عليهم كثيرا من المنافع والمصالح العامة، ومن أجل حفظ تلك المنافع رفع الله عنهم وجوب الصدقة بين يدى المناجاة تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة وعلى النفع الخاص بالفقراء،وأمرهم بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة، وإطاعة الله ورسوله، وعلى ذلك فلا مناص من الالتزام بالنسخ وأن الحكم المجعول بالآية الأولى قد نسخ وارتفع بالآية الثانية". =

عوده

١٦٤ ـ اللفظ الخاص : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد، أو واحد بالنوع مثل رجل، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة

= هذا بعض ما ذكره أستاذنا الخوئى دام ظله. ولما كانت الآية الثانية متصلة بالأولى فلا محذور فى ان تكون ناسخة للأولى لأن كل من يقرأ الأولى يقرؤها معها فلا يعتمد على الأولى ولا يعمل بها.

الآية الثانية المنسوخة من القرآن الكريم هى قوله سبحانه وتعالى: ﴿يأيها النبى حرِّض المؤمنين على القتال إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وإن يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون*الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين وإن يكن منكم ألف يغلبوا ألفين بإذن الله والله مع الصابرين﴾ [الأنفال:٦٥، ٦٦].

فقد حكمت الآية الأولى بحرمة الفرار وإن كان المشركون عشرة أضعاف المسلمين، ثم نسخ هذا الحكم لما ضعف المسلمون وصعب عليهم ذلك. ونسخ الآية الثانية للأولى متوقف على التناف بين الآيتين وعدم نزولهما دفعة واحدة .

أما التناف فواضح، وأما عدم نزولهما دفعة واحدة فهو الظاهر من سياق الآيتين المباركتين إذ لا معنى لأن يحكم فى وقت واحد بحرمة الفرار وإن كان المسلمون عشر المشركين ثم يرفع هذا الحكم ويخفف عن الأمة قبل أن تعطى مجالا لامتثال هذا الحكم ولعصيانه كما يشهد لذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿الآن﴾ مما هو ظاهر فى تغاير الزمانين، كما يشهد لذلك أخبار وردت من طرق رواة الشيعة وحفاظ السنة تخبر عن عدم نزول الآيتين دفعة واحدة. والاعتماد على الأخبار ليس من إثبات النسخ بالخبر الواحد الذى قام الإجماع على بطلانه، وإنما هو إثبات تأخر نزول الآية الثانية الذى لازمه كون الآية الثانية ناسخة للأولى. ولا يمكن حمل الآية الأولى على الاستحباب لأن الحكم الاستحبابى لا إلزام فيه فلا صعوبة فيه ولا يكون ضعف الأمة موجبا لرفعه. ولقد أنكر أستاذنا الخوئى كون الآية الثانية ناسخة للأولى وذكر فى الجزء الأول من تفسير البيان الطبعة الأولى ص ٢٤٢ ما يأتى : إن لازم كلام القائل بالنسخ أن المجاهدين فى بدء أمر الإسلام كانوا أربط جاشا وأشد شكيمة من المجاهدين بعد ظهور الإسلام وقوته وكثرة أنصاره، وكيف يمكن القول بان الضعف طرأ على المؤمنين بعد قوتهم؟ ويرد على ما ذكره دام ظله أولا أن الآية المباركة ليست صريحة فى طروء الضعف البدنى عليهم بل يمكن أن يكون لهم من القوة ما يمكنهم مقابلة عشرة أضعافهم ولكن ضعف نفوسهم هو الذى أوجب نسخ هذا الحكم وارتفاعه .

وثانيا. أن التاريخ يشهد أن المسلمين كلما زادوا وانتصروا ضعفت قواهم فنراهم فى بدر لم يصبهم خوف ولا جبن ونصرهم الله على أعدائه على قلة عددهم وسلاحهم وقوة الكفار وكثرة عددهم، ثم نراهم هزموا فى أُحُد، وخافوا فى الخندق، وانسحبوا أولا عن خيبر ونكبوا فى حُنَيْن.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٧٥-": استطرد السيد الصدر للإفاضة فى موضوع النسخ – والاختلاف بشأنه ليس خاصا بالشيعة إن أهل السنة يدور بينهم جدال كبير بشأنه كما بينا من قبل فلا داعى لتكرار ما قلناه فى هذا الصدد .

عوده ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ، التى تدل على عدد من الأفراد، ولا تدل على استغراق جميع الأفراد.

١٦٥ ـ حكم اللفظ الخاص: إذا ورد اللفظ الخاص فى نص شرعى فإنه يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذى وضع له، مثل قوله تعالى: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾[النور: ٤]. وقوله: ﴿فكفَّارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة:٨٩]. فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعيةعلى معناه، ولا تحتمل الثمانون أو العشرة نقصا أو زيادة.

لكن إذا قام دليل يقتضى تأويل اللفظ الخاص وإرادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل، كما تأولوا لفظ الشاة فى قوله صلى الله عليه وسلم: "فى كل أربعين شاة شاة"، فظاهر الحديث أنه لا يجزئ فى زكاة الأربعين شاة إلا واحدة منها، ولا تجزئ قيمتها، ولكن حكمة التشريع والأصول العامة فى التضمين تقتضى تأويل-١٧٦- هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره؛ لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء، وهى تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أو ما يعادل قيمتها. وعلى هذا الوجه تأولوا إطعام المساكين العشرة، فرأوا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات-١٧٧-، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة.

الصدر تعليق "رقم-١٧٦-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى وإن كان جواز إعطاء قيمة الشاة بدلا من العين إلا أن ذلك لا للتأويل الذى ذكره المؤلف وإنما ذلك لأخبار معتبرة دلت على ذلك.

الصدر تعليق "رقم-١٧٧-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى عدم جواز ذلك لظهور الدليل فى لزوم تعدد الفقير، وقد وافقهم فى ذلك مالك والشافعى إذ نقل عنهما ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد الجزء الأول ص ٤١٨ أنهما قالا: لا يجزيه إلا أن يطعم عشرة مساكين.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-١٧٦-،-١٧٧-": يشير إلى أن الفقه الجعفرى يؤثر ما يسميه "الأخبار المعتبرة" على مجرد التأويل الاجتهادى، وفى ذلك تقييد لمجال الاجتهاد لا نرى له مسوِّغا.

160 - 165 - أدلة التخصيص :

إذا كان اللفظ العام قابلا للتخصيص دائما فإن ذلك لايكون إلا بدليل شرعى؛ سواء كان الدليل واردا فى النص العام ذاته أو كان مستمدا من مبدإ عام أو عرف أو نص آخر؛ ويشترط فى هذه الحالة أن يكون هذا الدليل فى مستوى يؤهله لذلك بأن يكون فى درجته من حيث القطعية أو يكون أعلى منه .

وبعض الفقهاء يعدون التخصيص نوعا من النسخ؛ ويغالون فى ذلك مما يترتب عليه توسيع مجال النسخ؛ وهو ما لانوافق عليه وما يعارضه كثيرون. ومشكلة النسخ تثير جدلا لاحدود له، وليس هذا مجال البحث فيه .

ونحن نوافقه فيما أورده عن حكم اللفظ الخاص إذ يرى أنه هو أيضا يقبل التأويل إذا قضت بذلك حكمة التشريع والأصول والنظريات العامة كما فى الأمثلة التى ذكرها.

وأدلة التخصيص من أهم موضوعات الفقه فى نظرنا، وخاصة منها ما يسميه الأدلة "المستقلة"، أى التى لم يرد بها نص التخصيص ولكن يستنبط مما سماه "المبادئ العامة فى الشريعة"...

وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذه "المبادئ العامة" هى أساس ما نحتاج إليه من "نظريات عامة"، وهو هنا يؤكد أنها يمكن أن تُعَدّ دليلا على تخصيص بعض النصوص العامة، وبذلك يشير إلى أهميتها العملية فى تطبيق النصوص الشرعية، فلم تعد تلك النصوص مطلقة فى عمومها كما يظن البعض، بل يجب أن يكون تطبيقها خاضعا لتخصيصها بفعل "النظريات أو المبادئ العامة" .

لهذا السبب، فنحن لا نمل من الإشارة إلى أهمية "النظريات العامة" وخاصة فى الحاضر والمستقبل لأنه لا يمكن تطبيق النصوص الشرعية إلا فى إطارها – وسوف نجعل هذا المبدأ أساسا لما نقدمه من آراء وخاصة فيما يتعلق بما سماه "نظرية المساواة الإنسانية" أو نظرية مساواة المرأة بالرجل، فإن ما يقدمه بعض فقهائنا من أدلة اجتهادية على بعض الأحكام التى استنبطوها إذا كانت تخل بهذين المبدأين تكون غير مقبولة فى نظرنا لضرورة الالتزام بهما فى تفسير النصوص القرآنية، ومن باب أولى فى استنباطنا الأحكام الاجتهادية الفرعية.

واعتبار "العرف" أساسا لتخصيص النصوص العامة لا يقل فى أهميته عن "النظريات" أو المبادئ العامة التى أشرنا إليها، وقد ذكر مثالا لذلك "الدنانير" التى حُدِّد نصاب حد السرقة بها فى السنَّة النبوية، فقد أشار إلى أن قيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه فى كل زمن وكل مكان . وبناء على ذلك فإننا نرى أن نصاب حد القطع فى السرقة يجب أن يخضع للمتعارف عليه زمانا ومكانا – ولا نوافق الذين يلتزمون فى تقديره بالذهب لأن الذهب والفضة كلاهما ليست له قيمة ثابتة، فلا يجوز

مقادير الكفارات تخضع للعرف :

الاعتماد عليهما فى تحديد نصاب حد السرقة وإهمال العرف الذى يسير عليه الناس، خاصة ونحن فى عصر النقود الورقية التى تختلف فيها قيمة الصرف من يوم لآخر، وأخذ العرف فى حسباننا عند تطبيق النصوص أو تفسيرها أو استنباطها هو إحدى النظريات العامة فى شريعتنا .

إذا كان البعض يَعُدُّون التخصيص نسخا – فى حين يعارض ذلك كثيرون من المحدثين، فإن هذا الخلاف يدخل فى نظرنا فى نطاق المصطلحات ولا يغير شيئا من الحقيقة، وهى أن التخصيص يحد من نطاق تطبيق اللفظ أو النص العام، سواء كان هذا التحديد نسخا أو كان مجرد تحديد لنطاق تطبيق النص العام .

* * *

فيما يتعلق بالنص الخاص، فإنه أقر بجواز تأويله كلما قام دليل على معنى آخر. وبالنسبة للأمثلة التى ذكرها عن أعداد الجلدات فى حد القذف أو عدد المساكين فى الكفارة، فنحن نرى أن هذا العدد قد يكون المقصود منه الإشارة إلى الحد الأقصى بالنسبة للجزاء كما فى الجلد – أو قد يقصد به الحد الأدنى الذى يجوز الزيادة عليه كما فى الكفارة. فنحن لا نرى ضررا فى أن من يلتزم بالكفارة يمكن أن يزيد على عشرة مساكين، لأن الزيادة تطوع مستحب ولا ضرر فيها، خصوصا إذا صار المأثور أقل بكثير لما تستلزمه ظروف الزمان والمكان .

لكن نرى أن عدد الجلدات المقرر بالنص هو الحد الأقصى للعقوبة الحدية وكل ما ورد فى عدد جلدات الحد يشير إلى الحد الأقصى الذى لا يجوز تجاوزه حدا ولا تعزيرا – وإن كان يجوز إنقاصه فى حالات التعزير عندما يكتفى بالتعزير لوجود شبهة .

يلاحظ هنا أننا إذا طبقنا الجلد تعزيرا على نوع من القذف فمن الأفضل ألا نَعُدَّها جريمة قذف، لأننا نفضل أن توصف بذلك كلما كانت تستحق عقوبة حدية على أن يعطى لها اسم آخر ليكون جريمة أخرى أو معصية تستحق التعزير لا الحد إذا لم تتوافر شروط الحد، وهنا يمكن القول إن التعزير المستحق هو عقوبة جريمة أخرى غير مسماة .

إن نظرية التعزير كأصل عام عن الجرائم التى هى من جنس المعاقب عليها حدا أو قصاصا، تحتاج إلى مزيد من البحث، لأن الحد أو القصاص هو تعزير من الله بنص شرعى، أما المعاصى التى تخرج عن هذا النطاق فالعقاب عليها أو الجزاء هو تعزير فوضه الله للقاضى أو المجتهد .

<عود> ١٦٦ ـ حالات اللفظ الخاص: للفظ الخاص حالات متعددة، فقد يرد مطلقا، وقد يرد مقيدا، وقد يأتى فى صيغة الطلب أى الأمر، وقد يأتى فى صيغة النهى.

١٦٧ ـ المطلق والمقيد: المطلق هو ما دل على فرد شائع غير مقيد لفظا بأى قيد، مثل مصرى، والمقيد هو ما دل على فرد مقيد لفظا بقيد ما، مثل مصرى مسلم.

وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه،-١٧٨- إلا إذا قام دليل على تقييده، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق ويعين المراد منه، كقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ [البقرة:١٧٨]. فإنه يفيد إطلاق القصاص فى كل قتل متعمد، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يقاد الوالد بولده". فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير الوالد.

وإذا ورد اللفظ مطلقا فى نص شرعى ومقيدا فى نص آخر، فإن كان الحكم الوارد فيهما متحدا، والسبب الذى بنى عليه الحكم متحدا، حمل المطلق على المقيد، وكان المراد من المطلق هو المقيد؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه. ومثل ذلك قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة:٣]. فلفظ الدم فى هذه الآية مطلق. وقوله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير﴾ [الأنعام:١٤٥]. فلفظ الدم فى هذه الآية مقيد، والحكم فى الآيتين متحد وهو التحريم، والسبب متحد وهو أكل الدم.

أما إذا اختلف النصان فى الحكم أو السبب، فلا يحمل المطلق على المقيد، بل يعمل بكل نص فى الحالة التى وضع لها؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو علة الإطلاق والتقييد، مثل قوله تعالى: ﴿ومن قَتَل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء:٩٢]. وقوله: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة:٣]. فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف؛ لأنه فى الأولى القتل، وفى الثانية المظاهرة. فاختلاف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالإيمان، أى بأن يكون صاحبها مؤمنا تشديدا للعقوبة، ولم تقيد الرقبة بشىء فى حالة المظاهرة؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيكتفى فيها بعتق أى رقبة.

الصدر تعليق "رقم-١٧٨-": إذا كان المتكلم مريدا لإفهام مراده ولم يكن يريد إجماله أو إهمال بعض تفاصيله.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٧٨-": مجرد تحفظ على عبارة الأصل.

<عوده> ١٦٨ـ صيغة الأمر: إذا ورد اللفظ الخاص فى صيغة الأمر أو فى صيغة الخبر التى تعنى الأمر، فإن اللفظ يفيد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو المخبر عنه، كقوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]. وقوله: ﴿والمطلقات يتربصن﴾ [البقرة: ٢٢٨]. فالأول يوجب قطع يد السارق، والثانى يوجب تربص المطلقة ثلاثة قروء.

ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب، أخذ بما تدل عليه هذه القرينة، كقوله تعالى: ﴿كلوا واشربوا﴾ [البقرة: ٦٠]، فإنه للإباحة. وقوله: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه[البقرة:٢٨٢]﴾، فإنه للندب. وكالتهديد فى قوله: ﴿اعملوا ما شئتم﴾ [فصلت:٤٠]. وكالتعجيز فى قوله: ﴿فأتوا بسورة من مثله﴾[البقرة:٢٣]، وغير ذلك، لما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب.

١٦٨م ـ صيغة النهى: إذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهى أو صيغة الخبر التى فى معنى النهى، أفاد التحريم، أى طلب الكف عن فعل المنهى عنه على وجه الإلزام، كقوله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق﴾ [الإسراء: ٣١]. وقوله: ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر﴾ [البقرة: ٢١٧].

وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهى عن معناها إلى معنى، آخر أخذ بالمعنى الذى دلت عليه القرينة، مثل قوله تعالى: ﴿ربنا لا تزغ قلوبنا﴾ [آل عمران: ٨]، فهو للدعاء. وقوله : ﴿لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم﴾ [المائدة:١٠١]، فهو للكراهة.

إشارته إلى أقوال فقهائنا بشأن الصيغ المتعددة للفظ الخاص تنتهى كلها بتوسيع مجال الاجتهاد أمام الفقهاء والمفسرين كلما وجد دليل أو قرينة تصرف الصيغة عن ظاهرها من الإطلاق - كما فى الأمثلة التى ذكرها.

ويسرنا أنه أشار إلى دور القرائن فى صرف صيغة الأمر عن "الإيجاب"، ولذلك فإننا نرى أن ما أشار إليه من أمثلة النصوص الموجبة للحد - مثل قطع اليد فى السرقة - فيه تجوز، لأن الشارع الحكيم قرر مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ فكلما وجدت شبهة امتنع الوجوب. والشبهة تثبت بالقرائن ... ولايجوز حصرها.

والأمثلة التى ذكرها عن النصوص التى وجدت قرائن تصرف صيغة الأمر الواردة فى القرآن الكريم إلى مجرد الإباحة - أو الندب - أو التهديد - أو التعجيز ....

تجعلنا نُعِدّ أن القرائن تكفى لصرف الأمر عن الوجوب فى جميع الحالات كلما وجدت، أى أن الاستثناءات التى ذكرها لا محل لها فى نظرنا.

وما يقال عن الأمر يقال أيضا عن صيغة النهى، التى تفيد التحريم والتجريم إذا عدَّذنا النهى موجبا للعقاب. أما إذا كان المقصود مجرد التهديد بالمسئولية الدينية أمام الله يوم القيامة، فلا يحتاج إلى أن نصرفه عن التحريم.

الفرع الثانى
فى القواعد التشريعية التى تراعى عند التفسير

عوده

١٦٩ـ *ملاحظة القواعد التشريعية* : وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية، التى يجب الإلمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية. وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام التى جاءت بها النصوص وعلل هذه الأحكام، ومن المبادئ العامة للشريعة وروح التشريع، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد (التى يهم الجماعة حمايتها)، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معا. فإذا راعى القاضى-١٧٩- أو الفقيه هذه الاعتبارات، كان له أن يجتهد فى معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح.

١٧٠ـ *مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامى* : لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطا، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة. ولا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعانى قد تحتمل أكثر من وجه، والذى يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع. وقد تتعارض النصوص بعضها مع بعض، فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها. فيجب إذن على كل باحث فى التشريع الإسلامى أن يلم قبل كل شىء بمقاصد الشارع من التشريع، وأن يعرف الوقائع التى نزلت من أجلها نصوص القرآن، أو وردت فيها السنة لتستعاده على فهم النص، وأسباب النزول والورود مبينة فى كتب التفسير والسنة .

وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع فى ثلاثة مقاصد :

١٧١ ـ *المقصد الأول* : وهو حفظ كل ضرورى للناس فى حياتهم. والأمر الضرورى هو ما تقوم عليه حياة الناس ولابد منه لاستقامة مصالحهم، وإذا فقد اختل نظام حياتهم وعمت فيهم الفوضى وانتشر الفساد .

الصدر — تعليق "رقم-١٧٩-": ليس للقاضى أن يراعى هذه الأمور إذا لم يكن مجتهدا فقيها.

الشاوى — رأينا فى "تعليق-١٧٩-": يشير السيد الصدر إلى رأيهم فى وجوب التزام القاضى غير المجتهد بما يقرره المجتهدون. ولكن ذلك لا يعنى القول بحرمان غير المجتهدين عموما من تفسير النصوص ماداموا يلتزمون بتطبيقها.. لأنه لا يمكن إلزام المكلف بتطبيق النص مع حرمانه من فهمه وتفسيره ...

عوده والأمور الضرورية ترجع إلى خمسة أشياء : (١) الدين. (٢) النفس. (٣) العقل. (٤) النسل. (٥) المال. وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمس أحكاما تكفل إيجاده وإقامته-١٨٠-، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته، فكل حكم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حكم ضرورى .

١٧٢ ـ *المقصد الثانى* : توفير ما هو حاجى للناس . والأمر الحاجى هو ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة . فالأمور الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج، ويخفف مشاق التكليف، وييسر طرق التعامل .

١٧٣ ـ *المقصد الثالث* : تحقيق ما فيه تحسين لحال الأفراد والجماعة . والأمر التحسينى هو ما تقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج، وإذا فقد لايختل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضرورى، ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجى، ولكن تكون حالهم مستنكرة فى تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة . والأمور التحسينية بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل مايقصد به سير الناس فى حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤ ـ *ترتيب المقاصد العامة من التشريع* : الضروريات هى أهم المقاصد؛ إذ يترتب على فقدها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى . وتليها فى الأهمية الحاجيات؛ لأنه يترتب على فقدها وقوع الأفراد والجماعة فى الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليها التحسينية، وفقدها لا يترتب عليه تقويض النظام، ولا اختلال الأمن، ولا وقوع الناس فى الحرج، وإنما يترتب على فقدها الخروج على ما تستحسنه العقول، والبعد عن الكمال الإنسانى . ومن ثم كانت الأحكام التى شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة، ثم تليها التى شرعت بتوفير الحاجيات، وهكذا .

الصدر تعليق "رقم-١٨٠-": وهذه الأحكام كلها من الدين، لأن الدين هو الطريق الذى سنه لله لخلقه وأمرهم باتباعه فى جميع أحوالهم وشؤونهم، فهو شامل لأحكام جميع الأمور الضرورية وغيرها وشامل لأحكام ما هو حاجى للناس ولأحكام ما فيه تسهيل لحال الأفراد والجماعة .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٨٠-": لا نجارى السيد الصدر فى اعتراضه على قول فقيهنا: إن الأحكام المتعلقة بالضروريات الخمس التى ذكرها - تُعَدّ أصولاً شرعية، لها أهمية تتجاوز الأحكام الفرعية المتعلقة بالحاجات والتحسينات...

وحجته أن الدين شامل لكل ذلك لا تعنى أن تكون جميع الأحكام فى مستوى واحد من الأهمية ولا القول بأنه لا تفاوت أو ترتيب فيما بينها...

عودة ومن القرر أن لا يراعى حكم تحسينى إذا كان من مراعاته إخلال بحكم حاجى، ولا يراعى حكم حاجى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم ضرورى-١٨١-.
ولذا أبيح كشف العورة إذا اقتضى هذا علاجا أو جراحة؛ لأن ستر العورة أمر تحسينى، والعلاج أمر ضرورى. وأبيح تناول النجس للتداوى وفى حالة الضرورة؛ لأن المنع من النجاسات تحسينى، والتداوى ودفع الضرورة أمر ضرورى.
وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك-١٨٢-، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات، ورفع المشقة والحرج أمر تحسينى، فلا يراعى التحسينى إذا مس الضرورى.
والأحكام الضرورية لا يجوز الإخلال بها إلا إذا كانت مراعاتها تؤدى إلى الإخلال بضرورى أكثر أهمية. فالجهاد واجب لحفظ الدين؛ لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس، وشرب الخمر يباح لمن أكره على شربها أو اضطر إليه؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل. وإذا كانت وقاية النفس من الهلاك فى إتلاف مال الغير، كان للإنسان أن يقى نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال-١٨٣-.

الصدر تعليق "رقم-١٨١-": لما كان الحكم الحاجى إنما شُرِّع لما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق الحياة، فلا يعقل أن يخل بحكم ضرورى .

الصدر تعليق "رقم-١٨٢-": الأحكام الشرعية ضرورية وغير ضرورية على نوعين: نوع يلزم منه الحرج على غالب الناس كالجهاد والحقوق المالية، ونوع لا يكون حرجا على المكلف كالصلاة مثلا، وهذا النوع يرتفع عن المكلفين إذا صار حرجا عليهم لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾ [الحج : ٧٨]. فإن معنى هذه الآية المباركة أن أى حكم يكون حرجا يرفعه الله عن الأمة ولا يكلفهم به، ويكون هذا الدليل باصطلاح علماء الأصول حاكما على جميع الأدلة ومخصصا لها بصورة عدم الحرج. أما الأحكام التى يلزم منها الحرج على نوع المكلف كالجهاد والحقوق المالية فلا ترتفع بهذه الآية المباركة إلا إذا لزم منها حرج أكثر من الحرج الملازم لها.

الصدر تعليق "رقم-١٨٣-": فيباح له إتلاف مال الغير، ولكن يكون ضامنا له، لأن المال الغير محكين: حرمة التصرف فيه، وثانيهما: ضمانه لو تصرف فيه وأتلفه. فإذا توقف حفظ النفس على إتلاف مال الغير، فإنه يباح له التصرف تكليفا وترتفع حرمة التصرف فى مال الغير، ولا يرتفع الحكم بالضمان بل يحكم بضمانه لمعلوم ما دل على ضمان من أتلف مال الغير سواء جاز له الإتلاف أو حرم عليه .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٨١-،-١٨٢-،-١٨٣-": ما يقوله السيد الصدر يؤكد نقدنا لما قاله فى التعليق رقم،-١٨٠- ويؤيد ما ذهب إليه فقيهنا فى الأصل من أن هناك تفاوتا يوجب إعطاء الأولوية لما يتصل بالضروريات .
ومع ذلك نؤيد قوله بوجوب الضمان فى حالة إتلاف مال الغير لحفظ النفس - لأن الضرورات إنما تقدر بقدرها؛ فإذا استلزمت الضرورة إتلاف مال الغير فإنها لا تستلزم عدم التعويض عنه لصاحبه.

ما يسميه القواعد التشريعية فى التفسير هى ضوابط استنباط الحكم من نصوص المصادر الإلهية عن طريق تفسيرها وفهم مقاصدها – ونحن نَعُدّ أن التفسير هو مدخل الاجتهاد، بل هو أولى مراحله وأوسع مجالاته فى نظرنا.

إننا نَعُدّ هذا البحث إشارة البدء فى مرحلة جديدة من مراحل الاجتهاد فى الفقه؛ تتميز بما نسميه "التنظير"، أى محاولة بناء نظريات عامة على أساس المبادئ التى تقررها النصوص القرآنية؛ فلا يجوز بعد الآن الاكتفاء بالنظر إلى هذه النصوص على أنها مصدر لأحكام فرعية، بل لابد من أن تكون مفتاحا لاستنباط المقاصد العليا للشريعة لتكون نواة لنظريات عامة، وتستنبت منها أشجار باسقة ثابتة الأصول القرآنية، نامية "الفروع" والأزهار والثمار من الأحكام التى تمثل محصولات دورية فى كل مرحلة من مراحل الحصاد التى توفر للمجتمع حاجاته المتجددة ويواجه بها ما يستجد له من قضايا ومشكلات تختلف باختلاف الزمان والمكان وتزداد وتتضاعف بمرور العصور.

إننا نرى أن الاجتهاد هو صورة من صور التفسير الواسع للنصوص، وأن التفسير هو تعبير أولى عن أولى درجات الاجتهاد، وبذلك يستبعد ذلك الحاجز الوهمى بين علم التفسير وعلم الفقه؛ إذ تقوم النظريات العامة على أصول مستمدة من تفسير النصوص نستنبط منها مبادئ ونظريات عامة تمدنا بالفروع التى تكوّن الفقه.

إن القواعد اللغوية التى توسع فى عرضها فيما سبق، أعدتنا لما يقدمه هنا لما يسميه "قواعد تشريعية"....

وكما نرى، فإنه يقصد بذلك ما تعارف عليه فقهاؤنا من أن فهم النصوص لا يكفى فيه الرجوع لألفاظها ومعانيها اللغوية، بل يجب استقراء الأحكام لمعرفة "عللها" والمبادئ العامة للشريعة وروح التشريع التى تقوم على أساسها "النظريات العامة" التى تحقق "مقاصد" التشريع.

* * *

۞ نطاق الضروريات والحاجيات يختلف حسب ظروف الزمان والمكان :

وقد سبق أن قلنا إننا لا نقر القول بأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة – لأننا نرى أن جميع النصوص لمصلحة المجتمع – ووجود نصوص تمس حقوق الأفراد أو تحميها فلا يعني ذلك أنها خاصة بالأفراد، بل يكون لها وظيفة مزدوجة لمصلحة الجماعة والأفراد أيضا، وفي هذه الحالة كان يكفي في نظرنا قوله إن جميع النصوص (لا بعضها فقط) شرعت لمصلحة الجماعة وحقوق الأفراد معا، كل ما هنالك أنه يوجد تفاوت فيما يتعلق بمصالح الأفراد التي تحميها النصوص.

وما أورده عن "مقاصد الشارع الحكيم" يؤيد ما نقوله – لأن جميع هذه المقاصد الخمسة تهم الأفراد وتهم المجتمع بالدرجة الأولى – لأن المجتمع يهمه دائما صيانة حقوق أفراده وحمايتها – وانتماء الأفراد للمجتمع سببه ذلك.

والترتيب في الأولوية بين "الضرورات" والحاجيات والتحسينات يجب أن يضاف إليه أن نطاق كل من هذه الأقسام الثلاثة ليس له حدود ثابتة بل إن حدوده متطورة بتطور المجتمعات، فقد أصبح كثير من الحاجات ضرورية في عصرنا الحاضر ... وكذلك بعض التحسينيات قد ارتفع إلى مستوى الحاجيات.

مثال ذلك أن العلم والتعلم كان ضروريا فيما مضى لكل فرد لمعرفة الحلال والحرام والعبادات والعقائد – لكنه الآن أصبح ضروريا لكل مجتمع لكي يستطيع أن يبني اقتصاده ودفاعه عن حدوده واستقلاله وعن حقوق مواطنيه ... ولذلك فإن نطاقه قد اتسع أكثر من ذي قبل – وكذلك تمهيد الطرق ووسائل الاتصالات الهاتفية والبرقية ووسائل الاعلام ... وهكذا ..

* * *

وكما قلنا من قبل، فإن بناء النظريات التشريعية والتوسع فيها هو مرحلة متقدمة من التفسير والاجتهاد – وتزداد أهميته في عصرنا وفي المستقبل – وخاصة في نطاق التعازير.

مثال ذلك أنه فيما مضى كان النص على عقوبة حدية للسارق والسارقة يُعَدّ حكما خاصا بجريمة السرقة التي أفاض فقهاؤنا في شروطها وعقوبتها، ويجب علينا الآن أن نبني على أساسه نظرية شاملة للتعزير على جميع ألوان الاعتداء على الأموال – التي تسمى الآن جرائم الأموال – ويدخل فيها النصب وخيانة الأمانة والاختلاس المال العام وجرائم الحريق والإتلاف – لأن النص إنما هو أساس لمبدإ عام هو حرمة أموال الناس كما أن عقوبات القصاص أساس حرمة الدماء وسلامة الأبدان .

١٧٥ ـ حقوق الجماعة وحقوق الأفراد: أفعال المكلفين سواء كانت جرائم أو لم تكن، بعضها حق خالص لله، أو حق الله فيه غالب. وبعضها حق خالص للمكلف، أو حق المكلف غالب فيه.

ويعبر الفقهاء بما هو حق لله ويقصدون ما هو حق للجماعة، وما قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها، وقد جعلوه حقا لله؛ لأنه لم يقصد به نفع فرد معين، وليس للأفراد حكاما أو محكومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته.

ويعد من حقوق الله الخالصة أى من حقوق الجماعة العبادات، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها؛ لأن المقصود بها إقامة الدين، والدين في التشريع الإسلامى هو أساس نظام الجماعة العام، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله.

ويعد من حقوق الله الخالصة، أى: من حقوق الجماعة، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة، كالزنا والسرقة والحرابة، والعقوبات التعديية كالكفارة وغير ذلك لما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها.

وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها، كحد القذف؛ لأن الجريمة تمس الأعراض، ففي العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كما أن في عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضا؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف، وإثبات ذلك قد يؤدى إلى إقامة حد الزنا على المقذوف. ولما كانت الجريمة تمس الأعراض، وتؤدى إلى التنابز والتعادى،وتشويه السمعة، وتلويث الأمهات والأولاد، والتشكيك في نظام الأسرة، جعل الحد حقًا لله، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا أثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتنازل أو يعفو، وإن كان له أن يبلغ عن الجريمة.

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها، مثل القتل، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها، ويمس الأفراد مساسا مباشرا، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة[١].

والأفعال التي تمس حقوق الأفراد الخالصة هي التي تمس حقوقا ترك للأفراد أن يستوفوها أو يتركوها، كتحصيل الدين، وحبس العين المرهونة، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجانى.

---

(١) راجع الفروق ٣٨١، ٤٧١ .

عوده

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون بحق، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعد حقا لله تعالى أى من حقوق الجماعة ونظامها، لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع،ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا أوامره، ويجتنبوا نواهيه. ويعملوا بشريعته فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة. وإذا قيل إن حكما ما يرتب حقا مجردا للفرد ففى ذلك كثير من التجاوز، ولا يُعَدّ هذا القول صحيحا على إطلاقه، وإنما يصح على تغليب حق العبد فى الأمور الشخصية، كذلك فإن ما يُعَدّ حقا خالصا لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلا أو آجلا، لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد.

يكفينا ما انتهى إليه في هذا البند من أن الكثيرين من فقهائنا يرون "أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعد حقا لله تعالى، أيضا."

وهذا ما يؤيد ما قدمناه من أن جميع الأحكام الجنائية مقررة لحماية حق الجماعة؛ وأننا لا نقر ما أشار إليه عندما قال: "إن بعض العقوبات مقررة لصالح الأفراد" إلا إذا قصد بذلك أن طلب تشديد العقوبة (لتكون قصاصا) أو التنازل عن ذلك مقرر لإطفاء جذوة الانتقام الفطرية لدى الأفراد – ومع ذلك فإن ذلك في ذاته لصالح أمن الجماعة واستقرارها وليس فقط لصالح المجني عليه أو ولى الدم.

رأينا أن حق الله ثابت في كل حكم تشريعي – وإذا وجدت حقوق خاصة للجماعة أو للفرد – فهي تضاف إلى حق الله–ولا تنفى وجوده بل ولا تغلب عليه في نظرنا.

إن حق الجماعة هو مقصد كل حكم شرعي – وبخاصة الأحكام الجنائية – وإذا وجدت مصلحة معينة لفرد معين أو حق له فلذلك لا ينفى حق الجماعة في الجزاء الجنائي في جميع الأحوال، ولا يصح القول بأنه يحل محله أو يستبعده ولا أنه يغلب عليه.

إن تقرير حق العفو أو إسقاط القصاص مثلا للمجني عليه أو ولى الدم لا يعنى أنه يحل محل الجماعة في حقوقها التي تستوجب فرض الجزاء عن الجريمة تعزيرا له – وكل ما هنالك أنه أعطى حقا خاصا به إلى جانب الحق الأصلي والأساسي للجماعة في "التعزير".

هذا كله في نطاق التشريع الجنائي؛ فكل أحكامه تقرر حقا لله وحقا للجماعة في الجزاء الجنائي تعزيرا. هذا هو المبدأ العام. ويضاف إليه أن بعض الأفعال ينشأ عنها إلى جانب ذلك حق إضافي واستثنائي لفرد معين، في تشديد العقوبة أو إجراء معين أو تصرف معين قررته الجماعة لأنه في نظرها ضروري لمصلحتها وأمنها واستقرارها وإن كان في نفس الوقت لمصلحة أحد أفرادها الذين ترى إرضاءهم لمصلحتها هي، ولمصلحته كذلك.

سنعود لذلك بالتفصيل عند بيان أن "التعزير" هو الجزاء العام لكل الجرائم، وهو حق لله وحق للجماعة. أما القصاص أو الدية، فهما عقوبتان مشددتان ومتوقفتان على طلب المجني عليه أو ولى الدم، لكن هذا التشديد يسقط إذا تنازل عنه من قرر لمصلحته ولا يعنى ذلك سقوط "العقوبة" أو الجزاء الجنائي بل يصبح تعزيرا في النطاق الذى رسمه الشارع للتعازير، ويؤكد ذلك ما ذكره في نهاية البند –١٧٥– (ص ب/٢٢٥) فنستلفت نظر القارئ له.

عوده ١٧٦ـ *الاجتهاد*: الاجتهاد-١٨٤- فى الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعى، من دليل تفصيلى، من الأدلة التى يضعها الشارع للدلالة على الأحكام.

والقاعدة أنه إذا كان النص صريحا قطعى الورود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه، ويجب تطبيقه بحالته؛ لأنه قطعى الورود، أى: لا شك فى وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث. ولأنه قطعى الدلالة فليس معناه محل بحث. ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور :٢]. فلا مجال للاجتهاد-١٨٥- فى معاقبة الزانى بالجلد،

الصدر تعليق "رقم-١٨٤-": كثر تعريف الاجتهاد فى لسان فقهاء المذهب الجعفرى. وأقدم تعريف له ما ذكره المحقق الحلى فى كتاب المعارج، فقد عرفه بأنه بذل الجهد فى استخراج الأحكام الشرعية . وأحدث تعريف له ما ذكره أستاذنا الإمام أبو القاسم الخوئى فى بحثه فى النجف الأشرف بأنه ملكة تحصيل الحجج، والوظائف العملية شرعية أو عقلية . وهذا أرجح من التعريف الذى ذكره المؤلف لأن عملية الاجتهاد غير منحصرة فى استخراج الحكم الشرعى بل هو شامل لمعرفة ما يجب عمله على المكلف حال عدم وجود الدليل الشرعى وما الذى يحكم به الأصل العملى الشرعى أو العقلى فى ذلك الحال، كما أن عمل المجتهد هو تحصيل الحجج الشرعية سواء أوجبت معرفة الحكم الشرعى وأصبحت سببا للعلم به أم لم تكن كذلك، فلذا لم يأخذ أستاذنا السيد الخوئى قيد المعرفة فى تعريف الاجتهاد .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٨٤-، -١٨٥-، -١٨٦-": نؤيد اتجاه الجعفرية إلى التوسع فى مفهوم الاجتهاد على النحو الذى أشار إليه بدلا مما ذكره فقيهنا من الإشارة إلى "الدليل التفصيلى"، ولا إلى "النص الشرعى" .. لذلك نؤيد اعتراضات السيد الصدر وحججه فى هذه التعليقات، ونرى أن الاجتهاد واجب فى جميع الأحوال ولتطبيق جميع النصوص بلا استثناء.

الصدر تعليق "رقم-١٨٥-": إن الآية المباركة وإن كانت صريحة فى معاقبة الزانى بالجلد وفى عدد الجلدات إلا أن للاجتهاد فيها مجالا . أما أولا ففى تحقيق الموضوع وهل هو مطلق الزانى والزانية أو بعض أفرادهما، وهذا متوقف على معرفة المراد من اللفظ الموضوع للطبيعة وهل يحمل على جميع الأفراد ما لم يقيد أو لا يحمل على الجميع إلا مع قرينة تشهد بذلك. وعلى القول بلزوم الحمل الموضوع للطبيعة على جميع الأفراد فينبغى الفحص فى أنه هل للآية المباركة مقيد أم هى باقية على شمولها وعلى القول بعدم دلالة اللفظ الموضوع للطبيعة على الشمول إلا مع قرينة تثبت إرادة الشمول منه ينبغى الفحص فى أنه هل هناك قرينة تشهد على العموم أولا قرينة هناك، وأن القرينة العامة التى ذكرها العلماء وأسموها بمقدمات الحكمة هل هى تامة أم ليست بتامة وما الذى يترتب على تماميتها . =

عود٥ ولا فى عدد الجلدات، وكذلك-١٨٦- لا اجتهاد فى كل العقوبات المقدرة. ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحكمة السنن المتواترة المفسرة .

أما إذا كان النص ظنى الورود أو الدلالة، فهو محل للاجتهاد، وللمجتهد أن يبحث فى الدليل من حيث سنده وطريق وصوله إلينا، ومن حيث دلالته على معناه .

ومجال الاجتهاد واسع فى ما لا نص فيه. فالمجتهد يبحث الواقعة التى لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس-١٨٧-، أو الاستحسان، أو الاستصحاب، أو العرف،

= وأما ثانيا فينبغى النظر فى أن ما دل على لزوم رجم بعض الزناة هل يكون مقيدا لهذه الآية المباركة أو لا يكون مقيدا لها بل يحكم باجتماع العقابين. وأما ثالثا فينبغى البحث فى أن الحكم بالرجم هل هو على نحو الوجوب أو الاستحباب، وهذا متوقف على معرفة معنى صيغة افعل، وهل تدل على الوجوب إلا مع القرينة على الوجوب وعلى تقدير دلالته على الوجوب إلا مع القرينة فيبحث المجتهد عن وجود القرينة الدالة على عدم الوجوب كما يبحث على القول بعدم دلالته على الوجوب إلا مع قرينة فى أنه هل هناك قرينة تدل على الوجوب ليحكم بالوجوب مع وجودها وبعدم الوجوب مع عدم القرينة.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٨٥-": نؤيد اعتراض السيد الصدر .

الصدر تعليق "رقم-١٨٦-": لا يستغنى شئ منها عن الاجتهاد، كما يظهر ذلك فى التعليقة السابقة وكذلك السنن المتواترة مع عدم القرينة .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٨٦-": نؤيد قوله من أنه لا يمكن الاستغناء عن الاجتهاد بحال من الأحوال، فى أى ظرف من الظروف، لكن هناك تفاوتا فى درجاته.

كما أننا نؤيد عدم التفرقة بين أساليب الاجتهاد سواء وصفت بأنها قياس أو استحسان أو استصحاب أو عرف أو مصالح مرسلة... فكلها صور من الاجتهاد أو أدوات له .

الصدر تعليق "رقم-١٨٧-": لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على جميع الطرق التى ذكرها المؤلف عدا الاستصحاب .

أما القياس فقد مر الكلام فيه كما مر الكلام فى العرف وأنه ليس طريقا لمعرفة الحكم الشرعى وإنما يرجع إليه فى فهم ألفاظ الكتاب والسنة .

أما الاستحسان فإن كان المراد منه ما عناه البزدوى من الاستحسان من أنه العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى، فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى لعدم اعتمادهم على القياس، وليس هو من الأدلة بنظرهم ليحتاج إلى تخصيص أو تقييد. والاستحسان على التعريف الأول من أفراد القياس، وعلى الفرض الثانى مخصص له. وإن كان المراد من الاستحسان ما ذكره الشاطبى من المالكية من أنه العمل بأقوى=

= الدليلين، أو ما ذكره الطوفى من الحنابلة من أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعى خاص، فهو وإن كان لما يقول به الشيعة الجعفرية لأنهم يعملون بأقوى الدليلين ويعدلون بالمسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة، إلا أنه لا مجال له فى محل الكلام، لأن المؤلف فرضه مرجعا فيما لا نص فيه والنص هو الدليل. وإن كان المراد منه ما عرفه به ابن قدامه ثانيا بعد أن عرفه أولا بما يرجع إلى ما نقلناه عن الطوفى من أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله، وما عرفه به ثالثا من أنه دليل ينقدح فى نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه، فيرد عليه بأنه لا دليل على حجية ما يستحسنه المجتهد بعقله وليس من الأدلة الشرعية عقل المجتهد. كما لا يصح للمجتهد أن يدخل عقله فى معرفة الأحكام الشرعية، وإنما عليه أن يأخذها من الحجج الشرعية، ويا ليت شعرى كيف يكون للمجتهد دليل لا يتمكن من التعبير عنه، وأى دليل هذا وكيف تثبت حجيته!؟

وأما إن كان المراد بالاستحسان ما ورد عن السرخسى فى مبسوطه من تعريفه من أنه ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس، أو أنه طلب السهولة فى الأحكام بما يبتلى به الخاص والعام، أو أنه الأخذ بالسعة ابتغاء الدعة، أو أنه الأخذ بالسماحة وانتقاء ما فيه الراحة، فلا دليل على حجيته إذ ليس من عمل الفقيه أن يختار ما هو أوفق للناس أو ما فيه السهولة أو السعة أو السماحة أو الراحة، إذ ليس من وظائف المجتهد تشريع الأحكام بل وظيفته استخراجها من أدلتها سواء كانت أوفق للناس وكان فيها السهولة والسعة والسماحة والراحة أو لم تكن كذلك.

وقد استدل على الاستحسان بوجوه لا تنهض دليلا على حجيته بالمعنى الذى أنكرناه، ولقد أجاد فى مناقشتها العلامة السيد محمد تقى الحكيم فى كتابه الأصول العامة للفقه المقارن فراجع.

وأما المصالح المرسلة، فإن كانت كما عرفها به بعض الأصوليين بأنها الوصف الملائم لتشريع الحكم الذى يترتب على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر ولم يدل شاهد من الشرع على اعتباره أو إلغائه. انتهى. فإن حجيتها متوقفة على القطع بوجود ملاك الحكم الشرعى الذى صار سببا لجلب النفع ودفع الضرر.

وأما إذا كانت كما عرفها به الأستاذ معروف الدواليبى بقوله: الاستصلاح فى حقيقته هو نوع من الحكم بالرأى المبنى على المصلحة، وذلك فى كل مسألة لم يرد فى الشريعة نص عليها ولم يكن لها فى الشريعة أمثال تقاس بها، وإنما يبنى الحكم فيها على ما فى الشريعة من قواعد عامة.. إلخ. فتكون المصالح المرسلة مأخوذة من الكتاب والسنة، فإن القواعد العامة فى الكتاب والسنة لا ريب فى العمل بها والاعتماد عليها وليست دليلا مستقلا وليست من الحكم بالرأى الذى لا يقول به فقهاء المذهب الجعفرى.

<عوده> الجنائية، ولكنه غير ممكن فى تقرير الجرائم والعقوبات؛ لأن الجرائم والعقوبات لابد فيها من النص الصريح، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبلا-١٨٨-.

[الصدر] تعليق "رقم-١٨٨-": حال الجرائم والعقوبات حال غيرها من الأحكام الشرعية لابد فيها من دليل معتبر ولا يشترط فيها الصراحة بل يكتفى فيها بالظهور، ومع عدم الدليل يرجع إلى أصول العلمية المثبتة أو النافية فلا مانع من الرجوع فيها إلى الاستصحاب وبه يحقق موضوع الحد الشرعي، ويمكن أن نمثل له بمثال وهو: لو زنى إنسان ولم نعلم هل هو محصن ليستحق الرجم أو ليس بمحصن ليستحق الجلد، فإن كان سابقا محصنا فنستصحب إحصانه ونقيم عليه الرجم، وإن لم يكن كذلك فنستصحب عدم إحصانه ونقيم عليه الجلد.

وأما القياس، فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى فى جميع الأحكام الشرعية.

نعم إذا صار سببا لحصول العلم فإن العلم يعتمد عليه من أى سبب حصل.

وأما الاستحسان، فإن الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى هو عدم الاعتماد عليه كما مر عليك قريبا إلا بناء على تفسيره بما نقل عن الشاطبى من المالكية من أنه العمل بأقوى الدليلين، فإن سيرة فقهاء المذهب الجعفرى وإن كانت العمل بأقوى الدليلين إلا أنه لا يكون دليلا مستقلا.

وأما المصالح المرسلة، فإن كان المراد بها المصالح التى يدركها العقل فإن الاعتماد عليها متوقف على حصول القطع بها فى باب الجرائم والعقوبات وغيرها، كما أنه لا يصح الاعتماد عليها فى جميع أبواب الفقه إذا لم يقطع بها.

وأما إن كان المراد منها القواعد العامة، فمن البديهى أن فقهاء المذهب الجعفرى يعتمدون على كل قاعدة قام عليها دليل شرعى فى باب الجرائم والعقوبات وغيرها.

[الشاوى] رأينا فى "تعليق-١٨٨-": ما قاله بالتسوية بين الأحكام الجنائية وغيرها لا يمكن قبوله على إطلاقه بالنسبة للعقوبات المقررة بنص شرعى - لأن النصوص الجنائية هى أحكام استثنائية بخلاف الأحكام الشرعية الأخرى، ولذلك لا يجوز التوسع فى تطبيقها بل يجب الالتزام بالتفسير الضيق لها حتى ولو أدى ذلك إلى عدم توقيع العقوبة المقررة على من يحتمل أنه مذنب، لأن العقوبات القضائية أو الدنيوية ليست هى الأصل وأن المعتمد هو العقاب الأخروى الذى يفرضه الله سبحانه وتعالى الذى لا يخفى عليه خافية. وإذا كان بعض الجناة قد يفلتون من القضاء الجنائى فهذا احتمال وارد دائما، لكن الجزاء الأخروى سيكون كافيا فى عقيدتنا القائمة على الإيمان بالحساب والجزاء يوم القيامة. وقد قلنا دائما إن النصوص المقررة للعقوبات الجنائية المقررة (سواء كانت القرآن أو السنة أو التقنين أو كتب الفقه) التى يحكم بها القضاء ذات طابع استثنائى لأن الأصل فى كل إنسان هو البراءة وقد أوجب الله حمل حال الناس على الصلاح، والإفلات مجرم من العقاب القضائى أهون عند الله من إنزال عقوبة على برىء....

وعلى ذلك فإن كل ما ورد فى هذا التعليق لا نؤيده، مع سرورنا بإشارته إلى أن القواعد العامة فى المسائل الجنائية معتمدة كما فى غيرها من المواد.

كل ما قاله هنا يؤيد ماقدمناه من قبل، وأقربها ما قلناه من أن الفرق بين التفسير والاجتهاد هو أن الأول قد يتعامل مع النص مباشرة أما الثاني فيتعامل معه من خلال المبادئ والمقاصد العليا التي تربط النظرية العامة بالأحكام الفرعية التي تستمد من أصولها .
وفى نظرنا أن الاجتهاد واسع النطاق متعدد الأهداف، ومن بين أهدافه استنباط النظريات العامة والمبادئ الأساسية. ولذلك لا نوافق على القول بأن غرضه دائما هو معرفة حكم شرعى من دليل تفصيلى كما ورد فى المتن .
كذلك لا نوافق على استبعاد ما عبر عنه بالآيات المفسرة أو النصوص المحكمة من نطاق الاجتهاد؛ لأن هذه الآيات يمكن اتخاذها قاعدة لبناء نظريات عامة. وقد أشرنا من قبل إلى أن عدد الجلدات يمكن عَدّه الحد الأقصى للعقوبة التى يمكن أن تصبح تعزيرية وتقل عن ذلك لتصبح تعزيرا إذا وجدت شبهة تسقط الحد.. كما أن النص على عقوبة السرقة يقرر مبدأ عاما ونظرية شاملة لحرمة أموال الناس وعَدّاً كل اعتداء عليها معصية تستحق التعزير مهما تكن صورة العدوان أو طريقته وبخاصة مايستحدث منها فى المستقبل مما لم يواجهه أسلافنا فى الماضى، مثل بعض جرائم التزييف والتزوير واختلاس المال العام وهكذا.
إن القول بأن جميع النصوص الخاصة بالعقوبات المقدرة (حدا أو قصاصا) تخرج عن نطاق الاجتهاد إنما ينتج عن القول بأن هدف الاجتهاد الوحيد كما يقول هو استنباط الأحكام الفرعية مباشرة من دليل تفصيلى. لكننا نعتقد بأن بناء النظريات والمبادئ العامة هو من أهم مهام الاجتهاد فى الحاضر والمستقبل – وفى هذه الحالة فإن جميع النصوص سواء كانت واضحة أو غامضة عامة أو خاصة بجريمة معينة يشملها نظر الفقيه المجتهد ويستفيد منها فى استنباط النظريات وليس الأحكام التفصيلية فقط .
والحق أن ما يقول به هو ما جرى عامة الفقهاء على قوله – فهو لم يفعل إلا أن كرر ما يقولونه من أن هدف الاجتهاد هو استنباط الأحكام الفرعية – ويقصدون بذلك استنباطها بطريق مباشر من نص أو دليل تفصيلى – فى حين أننا قلنا بأننا فى مرحلة التنظير نوجه هم الفقهاء إلى الاستنباط غير المباشر–الذى يكون له مرحلتان:
الأولى : – بناء النظريات واستنباط المبادئ العامة – وفى هذه المرحلة يشمل البحث جميع النصوص دون استثناء ما يُعَدّ من النصوص المحكمة أو الواضحة – لأنها كلها تشير من قريب أو بعيد إلى أصول عامة ونظريات شاملة مثل نظرية حرمة المال أو حرمة النفوس والدماء وسلامة الأبدان، أو نظرية حرمة الأسرار التى تبنى عليها أحكام التفتيش .
الثانية : – هى استنباط الأحكام وبخاصة مايتعلق بالتعازير فى إطار تلك النظريات مع مراعاة ما يقع بين مقتضياتها من تداخل أو تعارض يستلزم جهدا كبيرا لإعمالها معا والتوفيق أو التنسيق بينها والوصول إلى الحكم الشرعى العادل الذى يوفق بين مقتضياتها وبين مقاصد الشريعة الغراء ...

عوده

١٧٧- كلمة ختامية عن قواعد التفسير: هذه هي القواعد العامة اللغوية والتشريعية التي وضعها الفقهاء للاهتداء بها في تفسير النصوص، على أن القاضي أن يستعين بها في تفهم النصوص، ومعرفة مراميها، ومايدخل تحتها. كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ومدى سلطته في تفسير النص أو إعماله، أو إبطاله. وإذا كان للقاضي-١٨٩- المدني أن يطبق هذه القواعد بتوسع، وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه-١٩٠-، فإن القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه. فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان-١٩١-، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه لما ينفر منها الخلق الفاضل-١٩٢-. وليس للقاضي الجنائي أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات، وعليه أن يراعي في كل الأحوال مبدأين شرعيين أساسيين: أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ادرءوا الحدود بالشبهات". وثانيهما: قوله: "إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة". وسنتكلم عن هذين المبدأين فيما يلي:

الصدر تعليق "رقم-١٨٩-": إنما يكون للقاضي تطبيق القواعد وتفسيرها إذا كان مجتهدا.

الصدر تعليق "رقم-١٩٠-": لايصلح للفقيه الاعتماد على القياس إلا إذا حصل له بواسطة القطع بالمراد من هذه القواعد.

وأما العدالة فإنها هي في تطبيق الأحكام الشرعية كما أمر الشارع.

وأما العرف فيرجع الفقيه إليه في فهم معاني الأدلة اللفظية التي هو حجة فيها.

الشاوي رأينا في "التعليقين-١٨٩-، -١٩٠-": سبق أن عرضناه مرارا.

الصدر تعليق "رقم-١٩١-": لأن القياس ليس بحجة مطلقا والعرف إنما يكون حجة في فهم الأدلة في خلق جريمة أو عقوبة خاصة، وأما الاستحسان فقد عرفت آنفا عدم اعتماد فقهاء المذهب الجعفري عليه إلا إذا كان بمعنى الاعتماد على أقوى الدليلين، ويكون حينئذ عملية ترجيح لأحد الدليلين على الآخر ولايمكن أن يكون سببا لخلق جريمة أو عقوبة جديدة.

الصدر تعليق "رقم-١٩٢-": إلا إذا حصل له القطع بأن الشارع يكره هذه الواقعة فله أن يحكم بحرمتها واستحقاق العقاب عليها.

الشاوي رأينا في "التعليقين-١٩١-،-١٩٢-": تحفظاته بالنسبة للقياس أو العرف أو الاستحسان مقبولة وصحيحة في نطاق العقوبات المقررة حدا أو قصاصا. أما في نطاق التعازير فإن للمجتهد مجالا أوسع في التقدير.

إذا كان كل ما قلناه سابقا هو مبادئ عامة لتفسير النصوص فى جميع فروع التشريع، فإننا الآن بصدد مبدإ خاص بنصوص التشريع الجنائي بحسبانه تشريعا استثنائيا لابد أن يحصر تطبيقه فى مجال ضيق لايقبل التوسع – وأول مايتميز به أن القاضي وحده هو الذى له الحق فى تطبيقه.

والتضييق فى نطاق العقوبات الجنائية أمر تفرضه الطبيعة الدينية لشريعتنا؛ التى تعتمد أساسا على تربية الأفراد على الإيمان بالله وبالجزاء الأخروى يوم البعث.

أما تطبيق العقوبات الجنائية فهو أمر تكميلى بل استثنائى وإضافى – وليس هو الأساس فى تهذيب البشر وإصلاحهم؛ لذلك فإن تعطيل تطبيق العقوبات الجنائية على بعض المخطئين أو المنحرفين أو المجرمين الذين لم يستطع القضاء توقيع الجزاء الجنائى عليهم – فلا يظنون أنهم أفلتوا نهائيا من الحساب أو الجزاء؛ فالجزاء الأخروى ثابت ومؤكد وله الفاعلية الكبرى فى ردعهم.

إن العقوبات الجنائية فى مجتمعنا أمر ثانوى استثنائى، لأن شريعتنا تعتمد فى مكافحة الجريمة على "التقوى"، أى خشية الله واتقاء العقاب الزاجر يوم الحساب... بخلاف "القوانين الوضعية"، فليس عندها لمقاومة الجريمة إلا القوانين – بل والقوانين الجنائية ... ولذلك لاتقف عند حد فى فرض تلك العقوبات، بل والمبالغة والإسراف فيها بصورة مخيفة كثيرا تستغلها النظم الاستبدادية.

إن الميزة الكبرى فى شريعتنا هى أنها لاتقوم على أساس الاعتبارات الدنيوية مثل القوانين البشرية التى تُعَدّ أن الضمان الوحيد لنظام الجماعة أو حقوق الأفراد هو سلطان الدولة وما تفرضه من العقوبات الجنائية أو الإجراءات النظامية، ولذلك تتسابق الدول فى طريق الإسراف فى فرض العقوبات والقوانين والتدابير الجنائية، وتتسابق كثير من النظم فى سياسة البغى والظلم التى تبيح للحكام فى كثير من الأحيان القتل والاغتيال، بل والإبادة الجماعية.

أما شريعتنا السمحاء، فهى تقوم على مقاومة الفساد والانحراف والجرائم أولا بالتربية والتهذيب والأخلاق وعقيدة الجزاء الأخروى والبعث والنشور والحساب أمام الله – أما تطبيق العقوبات الجنائية قضائيا، فهى تدابير محدودة الأثر ومكملة فقط – ولذلك نتائج مهمة مثل مبدإ درء الحدود بالشبهات، وفتح باب التوبة وأثرها فى تخفيف العقوبات أو إسقاطها.

أن الحدود تدرأ بالشبهات، والحدود هى العقوبات المقدرة، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود، والعقوبات المقدرة لجرائم القصاص والدية، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعد حدودا؛لأنها عقوبات غير مقدرة.[1]

والأصل فى هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ادرءوا الحدود بالشبهات". فعلى هذا الحديث الذى تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة. وقد عمل الصحابة بها بعد وفاة الرسول، فروى عن عمر بن الخطاب

-١٩٣- أنه قال: لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات .

وروى عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا: إذا اشتبه عليك الحد فادرأه. وليس فى الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون، فإنهم يرون أن الحد لايحل درؤه بالشبهة، ولايسلمون بصحة ماروى عن الرسول والصحابة.[2]

الصدر تعليق "رقم-١٩٣-": لايعتمد فقهاء المذهب الجعفرى إلا على الروايات المروية عمن يعتقدون بعصمته، وهم النبى (ﷺ) وأهل بيته المعصومون(ع) وإن رويت عن الصحابة مالم تكن متصلة بالنبى (ﷺ).

إن الشيعة الإمامية مع احترامهم للصحابة واعتقادهم أن الصحبة الحقيقية للنبى (ﷺ) من أعظم مايوجب الرفعة والجلال، إلا أنه لم يثبت عندهم عصمة الصحابة بل ولا اجتهادهم وعدالتهم، ولو ثبت اجتهاد بعضهم وعدالته فإنما يكون رأيه حجة على خصوص مقلديه إذ لايمكن لمجتهد أن يستدل برأى مجتهد آخر، فما روى عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة لايكون دليلا عند فقهاء المذهب الجعفرى .

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٩٣-": إنكار السيد الصدر عصمة الصحابة صحيح، ولايستثنى أهل السنة من ذلك آل البيت كما يقول الجعفرية .

أما أن ينكر عدالتهم واجتهاداتهم فهذه فيه غلو لامحل له، ويكفى القول بأنها لاتلزم المجتهدين الآخرين، ولكن من حق كل مسلم أن يقلدهم أو لم وأن يرجح آراءهم على مايخالفها من أقوال المتأخرين بسبب صحبتهم للرسول لابسبب العصمة التى لا أساس لها فى نظرنا .

---

(١) راجع الفقرات ٥١، ١٠٣، ٤٤٠ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٣٩ .

عودة والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة-١٩٤-.
من ذلك أنه لما جاء ماعز معترفا بالزنا للرسول، قال عليه السلام : "لعلك قبَّلت،

الصدر تعليق "رقم-١٩٤-": المستفاد من الحديث الذى مر علينا قريبا ولبيان صحة تأييد ماساذكره المؤلف من الآثار لهذه القاعدة، لابد من شرح هذه القاعدة المباركة وذلك بشرح الرواية التى هى الأساس لها على نحو الإجمال، فنقول بعد الاستعانة بالله سبحانه وتعالى: إن المعانى المحتملة للحديث المبارك (تدرأ الحدود بالشبهات) أحد أمور ثلاثة :

أولها : أن يكون المراد أن الفاعل للجريمة لو كان لديه شبهة يتوهم لأجلها إباحة الفعل، فإن ذلك يكون دارئا للحد ورافعا له .

ثانيها : أن يكون المراد أن الحاكم إذا لم يقطع بالجريمة وحصلت عنده شبهة فى وقوعها، فإنه لايصلح له إقامة الحد على المتهم .

ثالثها : أن يكون المراد كلا المعنيين. ومن البديهى أن العبارة إذا أمكن أن يراد بها كلا المعنيين فلا تخصيص بأحدهما مالم تكن ظاهرة ولو بواسطة قرينة خارجية فى أحد المعنيين، ولكن الظاهر من الرواية خصوص المعنى الأول لأن ظاهر قوله (ع) الحدود تدرأ بالشبهات أن سبب الحد ثابت وأن الشبهة تكون رافعة له، والشبهة عند الحاكم تمنع من تحقق موضوع الحد خارجا فلابد وأن يراد به الشبهة فى مقام العمل .

ثم إن الشبهة عند الحاكم إن اجتمعت مع الثبوت الشرعى، فلا يمنع من إقامة الحد على المجرم باتفاق كلمة علماء المسلمين. ولو كانت الرواية شاملة للشبهة عند الحاكم أو مختصة بها لما جاز للحاكم إقامة الحد، ولم يذهب إلى ذلك أحد من المسلمين. ولو لم تجتمع الشبهة مع الثبوت الشرعى فلا ريب فى عدم إقامة الحد الشرعى بلا حاجة إلى هذه القاعدة، ولايمكن تخصيص القاعدة بهذه الصورة لأن ظاهرها تأسيس حكم لم يكن لولاها.

وقد ظهر لما ذكرناه أن الآثار التى استشهد بها المؤلف على القاعدة لامساس لها بها لأن تشكيك النبى العظيم (ﷺ) والإمام على (ع) إنما كان لأجل التأكد من إقراره خشية أن يكون إقراره تسرعا وتخيلا، ولما لم يكن الاعتراف الواحد كافيا لإثبات حد الزنا ولا حد السرقة يشترط فى الأول تكراره أربعة، وفى الثانى تكراره مرتين فلا يثبت كل منهما بالاعتراف الأول فلا يكون تشكيك بعد الثبوت كما هو واضح.

الشاوى رأينا فى "تعليق-١٩٤-": لانوافق على تفسير قاعدة درء الحدود بالشبهات بأنها خاصة بالعقوبات الحدية، بل الأولى أن المقصود بها جميع العقوبات الجنائية بما فى ذلك التعازير مع استثناء التعزير الوقائى الذى لايشترط فيه ثبوت الجريمة - ويمكن للقاضى أن يحكم به فى حالة وجود الشبهة.

كما أننا لانفرق بين الشبهة التى تشكك فى توافر المسئولية الجنائية (أو القصد الجنائى أو غيره من أركان الجريمة أو شروطها) ومايشككك فى وقوع الجريمة أو فى أدلة ثبوتها... فكلها تمنع العقاب.

والأمثلة التى ذكرها فقيهنا تؤيد وجوب التوسع فى مفهوم الشبهات وأسبابها.

عوده لعلك لمست، لعلك غمزت". كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا. وجيء له بسارق معترف بالسرقة فقال له: "أسرقت؟ ما إخاله سرق".

ولما جاءته الغامدية مقرة بالزنا، قال لها نحوا من ذلك. فهذه جرائم من جرائم الحدود، كان الدليل الوحيد فيها على الجريمة هو الإقرار، وكان الرسول يلقن المقر أن يعدل عن إقراره، ولو لم يكن للعدول أثره فى درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر. أما كيف يدرأ العدول الحد فذلك أن الإقرار هو الدليل الوحيد فى القضية، والعدول عن الإقرار شبهة فى عدم صحة الإقرار، والحدود تدرأ بالشبهات.

ولما جاءت شراحة الهمدانية معترفة بالزنا لعلى رضى الله عنه، قال لها: لعله وقع عليك وأنت نائمة؟ لعله استكرهك؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه؟ وماكان علىّ يقصد من هذه الأسئلة إلا ماقصده الرسول عليه السلام.

ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء–١٩٥–. أنه يستحب للقاضى أن يعرض للمقر بالرجوع عن الإقرار[1] إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار.

الصدر تعليق "رقم–١٩٥–": إن فقهاء المذهب الجعفرى وإن قالوا باستحباب ذلك إلا أنه ليس للقاعدة المذكورة كما عرفت من اختصاصها بعروض الشبهة للفاعل، وإنما ذهبوا إلى ذلك اقتداء بسيرة النبى (ﷺ) ووصية أمير المؤمنين على عليه السلام.

الشاوى رأينا فى "تعليق–١٩٥–": لانوافق على مذاهب إليه السيد الصدر من الاكتفاء بما يُعَدّه من الأخبار المعتمدة بدلا من تطبيق مبدإ درء الحدود بالشبهات فى حالة العدول عن الإقرار الذى لايؤيده دليل آخر... والأولى أن نُعِدّ هذه الأخبار تطبيقا وتأكيدا للمبدإ العام — وهو درء الحدود بالشبهات — ليكون التطبيق أعم وأشمل...

---

(1) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١.

عوده ١٧٩- *تعريف الشبهة:* الشبهة هى مايشبه الثابت وليس بثابت[١]-١٩٦- أو هى وجود المبيح-١٩٧- صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته[٢]. ومن الأمثلة على الشبهة:

١ - شبهة الملك فى سرقة الملك المشترك. فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد-١٩٨-؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية؛ ولأنه لم يأخذ مالا خالصا للغير، إنما أخذه متلبسا بماله.

٢ - وشبهة الملك فى سرقة الأب من ابنه، فالأب حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة، ويستحق عقوبة القطع، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة تملك مال الولد، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك".

الصدر تعليق "رقم-١٩٦-": بل مايعتقد بثبوته وهو ليس بثابت، ولايكون من الشبهة الدارئة للحد لو أتى المحرم بما يشبه المباح وهو ليس بمباح واقعا مع علمه بعدم إباحته، كما لو عقد على من لايجوز العقد عليها مع علمه بعدم تأثير هذا العقد فى جواز الدخول بها، ثم دخل بها فإن العقد لايكون دارئا لحد الزنا عنه .

الصدر تعليق "رقم-١٩٧-": مع اعتقاد الفاعل فى كونه مؤثرا فى الإباحة، وإلا فلايكون رافعا للحد كما مر تفصيله آنفا .

الصدر تعليق "رقم-١٩٨-": إذا كان يعتقد جواز ذلك له، وإلا فمجرد الشركة لايمنع من إقامة الحد مع اجتماع بقية الشرائط .

الشاوى رأينا فى "التعليقات-١٩٦-، -١٩٧-، -١٩٨-": يوضح السيد الصدر أن الشبهة قد تنتج عن خطإ وقع فيه الجانى يؤدى إلى الشك فى وجود القصد الجنائى لديه .

وهذا فى نظرنا أدق مما فى الأصل حيث يَعُدّ فقيهنا أن الشبهة ناتجة عن وضع قانونى معين (شبهة عقد فى حالة الزواج بمحرم، أو شبهة الملكية فى حالة سرقة المال المشترك) دون إشارة إلى اعتقاد الجانى، وإن كان هذا الرأى قصد به التوسع فى حالات سقوط الحد، ويمكن ترجيحه مع بقاء التعزير جائزا. والأصح فى نظرنا أن التعزير يجوز هنا بحسبانه تدبيرا وقائيا لاعقوبة جنائية.

---

(١) لايقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام، فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم. شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ١٥٢ .

عوده ٣ – وشبهة الملك فى اللواط بالزوجة، فإتيان الزوج زوجته فى دبرها محرم –١٩٩–، ويعده الفقهاء زنا، ولكنهم يدرءون الحد عنه؛ لأن الزواج يجعل الزوجة فى ملك الزوج–٢٠٠–، ويعطيه حق التمتع بكل جسمها–٢٠١–، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة فى أن له أن يلوط بها–٢٠٢–. وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد–٢٠٣–.

ومن الأمثلة على الشبهة: شبهة عدم الثبوت، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود، ولم يكن دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار، فإذا عدل عن إقراره كان العدول شبهة فى عدم الثبوت؛ لاحتمال أن يكون إقراره غير صحيح، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد–٢٠٤–. ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليل إلا الشهود.

الصدر تعليق "رقم–١٩٩–": مر آنفا اختلاف فقهاء المسلمين فى حرمة وطء الزوجة فى دبرها وكراهته. وحتى على القول بالحرمة، فهو ليس من الزنا لأنه كل وطء وقع على غير نكاح صحيح فلا ينطبق عليه وإن كان حراما. وعلى القول بالحرمة، فيكون حاله حال وطء المرأة الحائض فى فرجها فإنه وإن كان حراما إلا أنه ليس بزنا لكونه وطءاً مسبوقا بعقد صحيح، وإنما وقع فى زمان منهى عنه فلذا لم يذهب أحد من فقهاء المسلمين إلى لزوم إقامة الحد عليه.

الصدر تعليق "رقم–٢٠٠–": ليس من آثار الزوجية ملكية الزوج للزوجة، وإنما هى علاقة بين الزوجين تجعل الزوج يستحق الاستمتاع المشروع بزوجته .

ولو سلمنا بالملكية فيكون حال الزوجة حال العبد المملوك، فإذا قلنا بحرمة إتيانها فى دبرها فيكون كما لو أتى عبدا يملكه أو بهيمة يملكها، فكما أنه يستحق العقاب هناك يستحقه هنا .

الصدر تعليق "رقم–٢٠١–": مر آنفا ما فى هذه الدعوى .

الصدر تعليق "رقم–٢٠٢–": مر آنفا أن اللواط إتيان الذكر، فلا يصدق على إتيان المرأة فى دبرها.

الصدر تعليق "رقم–٢٠٣–": إذا قلنا بالحرمة وصدق الزنا على وطء المرأة فى دبرها، فلا رافع للحد إلا اعتقاد الفاعل الجواز لما مر من تعريف الشبهة سواء كان اعتقاد الجواز كما ذكره المؤلف من وجوه أو لأمور أخرى .

الشاوى رأينا فى "التعليقات رقم–١٩٩– إلى–٢٠٣–": نتفق مع السيد الصدر فيما قاله فى التعليقات أرقام –١٩٩– و–٢٠٠– و–٢٠١– من استبعاد وصف حقوق الزوج فى الاستمتاع بزوجته بأنه ملكية – وكذلك استبعاد وصف إتيانها فى دبرها بأنه لواط فى تعليقيه رقمى –٢٠٢– و–٢٠٣– وهذه وجهة نظر أقرب فى نظرنا للصواب .

الصدر تعليق "رقم–٢٠٤–": ليس الإنكار بعد الإقرار من موارد الشبهة كما عرفت من أن المراد منها الشبهة عند العامل بمعنى أن العامل يظن عدم حرمة الفعل أو يعتقد جوازه، فلا يدرأ الحد فى المقام لأجل الشبهة بنظر فقهاء المذهب الجعفرى، وإن ذهب بعضهم إلى إسقاط الحد اعتمادا على روايات توهموا دلالتها على ذلك وفرق بعضهم بين الحدود فقالوا بإسقاط الحد إذا كان رجما وعممه بعضهم لكل حد يوجب التلف وعدم سقوطه إذا لم يكن كذلك .

عوده — إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لايتفقون على كل الشبهات، فهناك مايراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لايراه البعض الآخر شبهة. والأمثلة على ذلك كثيرة: فمن وجد امرأة فى فراشه فوطئها ظنا منه أنها امرأته درئ عنه الحد عند مالك والشافعي وأحمد[1]؛ لأنهم يرون فى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه فى أنه ظنها امرأته.أما أبو حنيفة[2] فلا يرى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة، لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة-٢٠٥- من أقاربها أو زائراتها.

ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبى حنيفة، فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد، ويخالفه فى ذلك أبو يوسف ومحمد[3]، ويريان مايراه مالك والشافعى وأحمد من أن الحد لايدرأ لشبهة العقد مادام الجانى عالما بالتحريم[4] -٢٠٦- .

وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة، أو المتزوجة، أو المعتدة، أو المطلقة ثلاثا، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد، ولو كان الجانى عالما بالتحريم؛ لأن العقد فى رأى أبى حنيفة شبهة، والشبهة تدرأ الحد[5]. ولايرى مالك والشافعى وأحمد درء الحد فى هذه الحالات؛ لأنهم لايَعُدّون العقد شبهة[6] .

الصدر — تعليق "رقم-٢٠٥-": إمكان نوم غير الزوجة فى الفراش لا يمنع من درء الحد إذا تخيل الشخص أن النائمة فى الفراش زوجته فيكون مشمولا للحديث المبارك .

الصدر — تعليق "رقم-٢٠٦-": لاتصدق الشبهة الدارئة للحد فى المقام لاختصاصها بما إذا احتمل الفاعل الجواز كما مر علينا قريبا كما لاتصدق الشبهة الدارئة للحد فى النكاح الباطل والاستئجار للزنا أو كون المسروق مما يسرع إليه الفساد أو كون المسروق بابا للجامع لصدق السرقة مالم يحتمل الجواز.

الشاوى — رأينا فى "التعليقات-٢٠٤- - -٢٠٦-": إن اتجاه فقهاء المذهب الجعفرى المشار إليه يرجع إلى تمسكهم بالاعتماد على الأخبار المعتمدة وعدم الالتجاء إلى القياس أو الرأى - وهو مالا نتفق معه ولا نقره - أما حصر الشبهة فى حالة اعتقاد الجانى الجواز فقد قلنا إننانؤيده لعدم ثبوت القصد الجنائى.

---

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦، شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٨، المغنى الجزء العاشر ص ١٥٥.

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(3) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٤) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧، المغنى الجزء العاشر ص ١٥.

(٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣، ١٤٨، ١٤٩ .

(٦) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦، ٧٧، ٨٠، أسنى المطالب الجزء الرابع ص١٢٦، المغنى الجزء العاشر ص ١٥٤.

عوده

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لايحد لشبهة العقد، ويخالفه فى هذا أبو يوسف ومحمد، حيث يريان مايراه مالك والشافعى وأحمد(١) وهو أن لايدرأ الحد لشبهة العقد؛ لأنه عقد لاتستباح به المرأة. وحجة أبى حنيفة أن العقد عقد منفعة؛ وأن الزانى يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة(٢).

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة ما هو مباح الأصل، كسرقة الماء بعد إحرازه والصيد بعد صيده؛ لأن كليهما فى أصله مال مباح، وفيه "شركة عامة" والإباحة الأصلية تورث شبهة فى بقاء المال مباحا بعد إحرازه. والشركة العامة تورث شبهة فى بقاء الشركة قائمة بعد إحراز المال.(٣) أما مالك والشافعى وأحمد فلا يدرءون الحد؛ لأنهم لايرون شبهة فى كون المال مباح الأصل(٤).

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة فى المال تدرأ الحد عن سارقه، ويرتب على ذلك أن لاقطع فى التراب والطين والجص والتبن وأشباهها، ولا قطع فى التبن والحشيش والقصب والحطب وأشباهها، وحجته أن الناس لايتمولون هذه الأشياء عادة، ولايضنون بها لعدم عزتها، وقلة خطرها، ويعدون الضن بها من باب الخساسة. ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم فى بيان الشيء التافه، ولكنه يسلم بأن الشيء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة، كالقصب يصنع منه النشاب، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجبا فى سرقته. ويخالف أبو يوسف أبا حنيفة، ويرى أن الحد لايدرأ إلا فى سرقة التراب والسرجين، ولايدرأ فيما عداهما مادام المسروق مالا متقوما، ودليل التقوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء فى المال. ويخالف مالك والشافعى وأحمد مذهب أبى حنيفة ولايرون شبهة فى تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب(٥).

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة مايتسارع إليه الفساد، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز وما أشبهه، ويخالفه فى ذلك أبو يوسف، ويأخذ برأى مالك والشافعى وأحمد، وهم لايرون شبهة فى كون المسروق مما يتسارع إليه الفساد(٦).

ولايرى أبو حنيفة القطع فى سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريزه(٧)، ويرى مالك والشافعى وأحمد القطع فى سرقة باب المسجد، لأنه محرز ولاشبهة فى عدم تحريزه(٨).

---

(١) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧.
(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨.
(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧.
(٤) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٩٥، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١، المغنى الجزء العاشر ص ٢٤٧.
(٥) المراجع المذكورة فى رقم ٢،٣، وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧، ٦٨.
(٦) المراجع السابقة.
(٧) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠.
(٨) شرح الزرقانى ثامن ص ٩٩، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠، المغنى الجزء العاشر ص ٢٥٥.

يستعرض أصلاً مهمّاً من أصول التشريع الجنائي فى ديننا، وهو مبدأ وجوب إسقاط العقوبات إذا وجدت شبهات حول ثبوت الفعل أو توافر أركان الجريمة أو وجوب العقوبة؛ وهو مبدأ قررته السنة النبوية قولاً وفعلاً؛ وأكده الرسول (ﷺ) مراراً، كما هو واضح من الوقائع التى يستشهد بها. وهو يشير إلى التعريف الذى قدمه فقهاؤنا.

ولكن بعض المعاصرين يعتقدون أن القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا المبدإ أخيراً عندما أعلنت "أن الشك يُفسر لمصلحة المتهم" – الذى يعترفون بأنه من نتائج التقدم الذى وصلت إليه القوانين الحديثة فى هذا العصر ... وينسون أن شريعتنا سبقت لذلك منذ فجر الإسلام .

وإذا كان هذا يضمن لشريعتنا فضل التقدم الزمنى على تلك القوانين، لأنها سبقتهم فى إعلانه بعدة قرون طويلة؛ إلا أن هذا لايكفى لأنه يجب ملاحظة أن القاعدة الشرعية أقوى وأوسع نطاقاً وأفضل بكثير من هذا المبدإ الذى يتغنون به الآن. ذلك أن المبدأ الحديث الذى يعتزون به يخاطب القاضى ويفرض عليه ألا يحكم بالإدانة إلا عندما يطمئن اطمئناناً قاطعاً بالإدانة؛ فى حين أن المبدأ الشرعى أعم وأشمل لأنه يخاطب كل من يساهم فى التقنين أو تحديد الجرائم وفرض العقوبات الجنائية وفى مجال استنباط الأحكام، أى العمل التشريعى. وإذا كان القاضى يلتزم به فإن ذلك تابع لالتزام المجتهدين والفقهاء به عند استنباطهم الشروط التى تلزم لتطبيق النصوص الجنائية أو عند تقنين "التعازير" .

ولما كانت نصوص القرآن والسنة اكتفت بفرض عقوبات الحدود والقصاص فى جرائم محصورة العدد؛ فإن هذه الجرائم التى فرض عليها عقوبة مقررة هى المجال الأول لتطبيق هذا المبدإ .

وأهم ما نلاحظه هو قوله: "إن كلمة الحدود هنا ليست محصورة فيما يَعُدّه الفقه جرائم الحدود؛ بل يشمل أيضاً الجرائم المعاقب عليها بالقصاص والدية، لأنها أيضاً ثابتة بنص شرعى" .

وإذا كانت التعازير لا يُشار إليها، فليس معنى ذلك أن القاعدة لا تسرى عليها؛ بل الراجح عندنا هو أن القاعدة عامة على جميع العقوبات بل وجميع التشريعات الجنائية التى تفرضها النصوص فى القرآن أو السنة أو حتى أقوال الأئمة والفقهاء؛ وأن المقصود منها درء العقوبات الجنائية فى حالة وجود شبهة؛ على التفصيل الذى أورده....

كل ماهنالك أن وجود الشبهة فى حالات التعزير يلزم القاضى بالاكتفاء بالتدابير التهذيبية أو العبادية أو الوقائية بدلاً من العقوبات "التعزيرية" .

❁ هذا المبدأ يطبق في التعازير في نظرنا :

إننا نقدر ما قاله مخصوص مبدء درء الحدود بالشبهات الذى يوجهه الحديث النبوى الشريف "إدرءوا الحدود بالشبهات"[1] إن هذا المبدأ الشرعى أوسع نطاقا من القاعدة المعروفة فى الفقه المعاصر التى توجب على القاضى أن يفسر الشك حول ثبوت الجريمة لصالح المتهم، لأن الشك الذى يشير إليه المبدأ العصرى هو حالة نفسية تزعزع اقتناع القاضى بالأدلة؛ فى حين أن الشبهات التى تدخل فى نطاق المبدإ الشرعى تدور حول توافر جميع العناصر المكونة للجريمة والشروط الموجبة للعقوبة، كما هو واضح فى الأمثلة التى ذكرها نقلا عن كتب المذاهب المختلفة فى عصور متوالية؛ وهى مع ذلك مجرد أمثلة ليست واردة على سبيل الحصر .

ويتضح من الأمثلة التى ذكرها عما ورد عن رسولنا الأمين من دعوة المجرم المعترف للعدول عن إقراره، عَدَّ هذا العدول شبهة تسقط الحد – وقد فعل ذلك أيضا الإمام على بن أبى طالب، بل أضاف أن بعض الفقهاء يرون أنه يستحب للقاضى أن ينصح المقر بالعدول عن إقراره ويشجعه عليه، وهذا يبين مدى تميز شريعتنا عما تسير عليه بعض النظم الوضعية فى تصيد الشبهات وإدانة الأفراد بناء على مجرد الادعاءات فيما يسمونه " تقارير أجهزة المباحث السرية " التى لا ترقى حتى إلى مستوى الشهادة، بل هى مجرد ترديد للاتهامات التى تدعيها تلك الأجهزة دون وجود دليل أو شبهة دليل سوى تلك الادعاءات – وكذلك التى تستبيح استعمال أساليب التهديد والتعذيب للحصول على ما تسميه "اعترافات" ليست فى الحقيقة غالبا إلا أكاذيب تملى على المتهم لكى تمكن المعترف من الخلاص من التعذيب والتهديد .

وأمثلة الشبهات المتفق عليها وأنواعها وكذلك كثرة الشبهات المختلف عليها دليل على أن الأمر اجتهادى وتقديرى. ولهذا، فإن ما يسمى بالظروف المخففة التى يقدرها القاضى يمكن فى نظرنا أن تكون شبهة توجب سقوط الحد والاكتفاء بالتعزير، بل يمكن أن تسقط التعزير ذاته على حسب الظروف أو تجعله مجرد تدبير وقائى لاعقوبة .

---

[1] البند (178) وما بعده حتى البند (184) .

عوده

١٨٠ ـ أنواع الشبهة : اهتم الفقهاء الشافعيون والحنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتعرض للشبهة واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر .

وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ - شبهة فى المحل، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة، أو إتيان الزوجة فى دبرها، فالشبهة هنا قائمة فى محل الفعل المحرم؛ لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة. وإذا لم يكن له أن يباشرها وهى حائض أو صائمة أو أن يأتيها فى الدبر، إلا أن ملك المحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة، وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن-٢٠٧-، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعا عليه .

٢ - شبهة فى الفاعل، كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته، ثم تبين أنها ليست زوجته، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده، بحيث يأتى الفعل وهو يعتقد أنه لايأتى محرما، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ - شبهة فى الجهة، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه فى حل الفعل وحرمته، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل، فكل مااختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة، ويدرأ فيه الحد. فمثلا يجيز أبو حنيفة النكاح بلا ولى، ويجيز مالك النكاح بلا شهود، ويجيز ابن عباس نكاح المتعة، ومن ثم فلا يُعَدّ الوطء فى هذه الأنكحة المختلف عليها زنا يحد عليه، بل يقوم الخلاف شبهة تدرأ الحد، ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل-٢٠٨-؛ لأن هذا الاعتقاد فى ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة[1].

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الصدر تعليق "رقم-٢٠٧-": بل هو الأساس كما مر علينا قريبا فلا يدرأ الحد إلا معه.

الصدر تعليق "رقم-٢٠٨-": الظاهر لزوم إقامة الحد عليه من قبل الحاكم الشرعى إذا كان عالما بالحرمة ولو ظاهرا لتحقق موضوع الزنا بنظره مع عدم شبهة تكون سببا لدرء الحد عنه، ومجرد الاختلاف فى الحكم لايكون سببا لدرء الحد مالم يكن سببا لحدوث الشبهة عند الفاعل .

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٦ .

عودة

الأول : الشبهة فى الفعل[1]، ويسمونها أيضا شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، وهى شبهة فى حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه. وتثبت هذه الشبهة فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة-٢٠٩-، ولم يكن ثمة دليل سمعى يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلا، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثا فى عدتها[2].

ويشترط لقيام الشبهة فى الفعل ألاّ يكون هناك دليل على التحريم أصلا، وأن يعتقد الجانى الحل. فإذا كان هناك دليل على التحريم، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتا فلا شبهة أصلا.

الثانى : الشبهة فى الحل، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك، ويشترط فى هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة. فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾. والرسول ﷺ يقول: "أنت ومالك لأبيك". فالنص الثانى يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذى يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع؛ لأن النص الثانى يجعل الولد وماله ملكا للأب، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكما. فالشبهة فى الحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعى ينفى الحرمة ولاعبرة بظن الفاعل-٢١٠- فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق، أو يعتقد أنه لايسرق؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل (٣) .

الصدر تعليق "رقم-٢٠٩-": فاعتقاد جواز الفعل، فإن اعتقاد الجواز يدرأ عنه الحد سواء أكان هناك دليل سمعى أم لم يكن، وحتى إذا كان هناك دليل على تحريم الفعل الذى اعتقد إباحته.

الصدر تعليق "رقم-٢١٠-": بل العبرة باعتقاده، فلا تكون الشبهة المذكورة دارئة للحد مالم يعتقد الفاعل الجواز ولو ظاهرا.

---

(١) شرح فتح القدير جـ٤ ص١٤٠، ١٤١.

(٢) يحصر الحنفيون شبهة الفعل فى ثمانية مواضع فى جريمة الزنا، أحدها إتيان المطلقة ثلاثا أثناء العدة، والأئمة الثلاثة يخالفون الحنفيين، ولايرون شبهة فى هذه المواضع، ومن ثم فهم لايعترفون بشبهة الفعل فى جريمة الزنا.

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤١، ١٤٢.

عوده ويضيف أبو حنيفة نوعا ثالثا من الشبهات، وهو شبهة العقد، فعنده أن الشبهة تثبت بالعقد ولو كان العقد متفقا على تحريمه وكان الجانى عالما بالتحريم-٢١١-،

الصدر تعليق "رقم-٢١١-": لاأثر للعقد مع علم الجانى بالتحريم، ولايكون موجبا لدرء الحد كما أشرنا إلى ذلك قريبا .

ويكفى دليلا لهم إطلاق قوله سبحانه وتعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة:١]، فإن إطلاق هذه الآية المباركة تدل على لزوم عقد النكاح ولو بدون شاهدين. وقد استدل على اشتراط الشهادة بما روى عن ابن عباس أنه قال: لانكاح إلا بشاهدى عدل وولى مرشد. ويرد على الاستدلال بهذا الخبر أمران أولهما: أن ابن عباس لم يسند هذا الكلام إلى النبي العظيم (ﷺ)، فلعله كان رأيه واجتهاده، ورأى المجتهد لايكون دليلا لبقية المجتهدين إنما يكون حجة على خصوص مقلديه .
وثانيهما : أن هذا الخبر ولو سلم كونه مرويا عن النبي (ﷺ)، فإن ضعف سنده يمنع من الاعتماد عليه كما يشهد لذلك ماذكره ابن رشد فى كتابه بداية المجتهد الجزء الثانى ص ١٧ بعد نقله الحديث السابق، قد روى مرفوعا ذكره الدارقطنى وذكر أن فى سنده مجاهيل. ويشهد لعدم اشتراط الشهادة ماروى من أن جحش بن رباب من بنى أسد خطب إلى رسول الله (ﷺ) آمنة بنت عبد المطلب، فزوجه إياها ولم يشهد. والغريب من ابن رشد أن يدعى أن لامخالف لهذا الحكم من الصحابة، مع أن الخلاف ينسب إلى جماعة منهم، والمصنف نفسه ذكر فى آخر البحث ما نصه: وقال أبو ثور وجماعة: ليس الشهود من شرط النكاح، لاشرط صحة ولاشرط تمام، وفعل ذلك الحسن بن على، وروى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح، والإمام الحسن من أعلام الصحابة وسادات أهل البيت.

وأما النكاح بدون ولى، فلا ريب عندنا فى بطلانه إذا كانت الزوجة صغيرة، كما لاخلاف فى صحته بين فقهاء المذهب الجعفرى إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ثيبة . أما البالغة الرشيدة الباكرة، فقد اختلف فى حكمها فقهاء المذهب الجعفرى، فقال قوم بصحة نكاحها بغير ولى وأنكر ذلك آخرون. والرأى الراجح الذى أذهب إليه أن لها أن تزوج نفسها بغير ولى كما لأبيها تزويجها، ويدل على جواز استقلالها بالزواج الخبر الصحيح المعتبر المروى عن الإمام محمد بن على الباقر (ع) أنه (ع) قال: "المرأة التى ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولى جائز". ويدل على صحة تزويج الأب لها قول أحد أئمة أهل البيت (ع) فى حديث معتبر يستأمرها كل أحد ماعدا الأب. ولامجال لتفصيل الكلام فى هذه التعليقة، ولقد فصلنا الكلام فى ذلك فى كتابنا الفقهى الكبير شرح بلغة الراغبين .
وأما نكاح المتعة، فقد ذهب فقهاء المذهب الجعفرى إلى القول بمشروعيته وصحته، ويكفى دليلا على ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾ [النساء:٢٤]. ووافقهم فى ذلك جماعة من الصحابة والتابعين، فإنه ذكر أستاذنا الإمام الخوئى فى تفسير البيان ما يأتى : =

عوده ولكن أصحابه وباقى الأئمة الأربعة يخالفونه فى هذا، ولايرون العقد شبهة إلا إذا كان الجانى يظن الحل ويعتقده.

وعلى هذا، تكون الشبهة على رأى أبى حنيفة على ثلاثة أنواع: شبهة الفعل، وشبهة المحل، وشبهة العقد .

١٨١ ـ **مايترتب على درء الحدود بالشبهات** : تختلف النتائج التى تترتب على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات. ففى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، وفى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها .

ويبرأ المتهم من الجناية المنسوبة إليه فى ثلاث حالات: الأولى: إذا كانت الشبهة قائمة فى ركن من أركان الجريمة؛ فمن زفت إليه غير زوجته، فأتاها على اعتقاد أنها زوجته، لايعاقب على عقوبة الزنا بعقوبة الحد، ولابعقوبة تعزيرية، وإنما يحكم ببراءته؛ لانعدام القصد الجنائى لديه، والقصد الجنائى ركن من أركان جريمة الزنا. ومن أخذ خفية مالا له وهو يعتقد أنه مال الغير لايعاقب على السرقة حدا ولاتعزيرا؛ لانعدام ركن من أركان الجريمة -٢١٢-، وهو كون المال مال الغير .

= فإنه نقل عن ابن حزم أنه قال ثبت على إباحتها - أى المتعة - بعد رسول الله (ﷺ) ابن مسعود ومعاوية وأبو سعيد وابن عباس وسلمة ومعبد أبناء أمية، ورواه جابر عن جميع الصحابة مدة رسول الله (ﷺ) وأبى بكر وعمر، إلى آخر خلافة عمر، ثم قال ومن التابعين طاووس .

الصدر تعليق "رقم-٢١٢-": لم يصدر منه إلا مايسمى باصطلاح فقهاء المذهب الجعفرى بالتجرى، وهو عبارة عن إتيان فعل مباح يعتقد الفاعل حرمته، وقد اختلف فقهاء المذهب الجعفرى فى استحقاق فاعله العقاب وعدم استحقاقه. ومن المسلم أن مثل هذا الفعل يكشف عن خبث الفاعل وسوء سريرته وعزمه على عصيان الله سبحانه وتعالى. ولما كان من واجبات الحاكم الإسلامى تأديب الناس وتوجيههم وإصلاحهم، فإذا كان من الممكن للحاكم إصلاح هذا الفاعل ولو بتعزيره فلا ريب أن ذلك من أعماله وإن لم تصدر منه جريمة لما أشرنا إليه آنفا من أن غير المجرم قد يعاقب إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما فى سجن النبى (ﷺ) للمتهم بالسرقة مع عدم ثبوت الجرم عليه.

الشاوى رأينا فى "التعليقات من-٢٠٧- إلى-٢١٢-": فى تعليقات السيد الصدر جدال حول أمثلة من الشبهات التى وردت فى الأصل - ونرجو ألا يفهم من ذلك أن هذه الأمثلة جاءت على سبيل الحصر، بل نرى أن الأصل هو وجود مبدإ عام يلتزم به الفقيه والقاضى يوجب درء العقوبة الجنائية كلما وجد شك فى توافر أركان الجريمة أو شروط العقوبة عليها، وهذا الشك حالة موضوعية يقدرها المجتهد أو القاضى والأمثلة التى يدور عليها الجدال ليست على سبيل الحصر. =

عوده الثانية : أن تكون الشبهة قائمة فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم. فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولى، أو تزوج زواج متعة، لايعاقب حدا ولاتعزيرا بعَدِّه زانيا؛ لأن العلماء اختلفوا فى هذه الأنكحة فأحلها بعضهم، وحرمها البعض الآخر-٢١٣-.

= كما أننا نلاحظ أن السيد الصدر يشترط للشبهة فى حالات كثيرة أن يكون الجانى معتقدا أن الفعل، غير محرم، لكننا نفضل الآراء التى تعترف بالشبهة فى المحل أو العقد أو أى شرط من شروط العقاب على الفعل، ولانوافق على حصرها فى القصد الجنائى كما يريد السيد الصدر، خصوصا إذا كان أثرها هو إسقاط الحد أو العقوبة التعزيرية والاكتفاء بالتعزير الوقائى بالإجراءات التعبدية والإصلاحية والتهذيبية .

الصدر تعليق "رقم-٢١٣-": أما الزواج بدون شاهدين، فقد قال فقهاء المذهب الجعفرى بصحته، وسعيد بن جبير وعطاء وسائر فقهاء مكة. ونسب شيخ الإسلام المرغيانى القول بجواز المتعة إلى مالك مستدلا عليه بقوله لأن نكاح المتعة كان مباحا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه. ونسب ابن كثير جوازها إلى أحمد بن حنبل عند الضرورة فى رواية، وقد تزوج ابن جريج أحد الأعلام وفقيه مكه فى زمنه سبعين امرأة بنكاح المتعة إلخ ما أفاده فى تفسيره .

وقد ادعى نسخها بأخبار لم يثبت اعتبارها ولايمكن إثبات النسخ بها لكونها من أخبار الآحاد. وقد أجمع المسلمون على عدم نسخ الكتاب بخبر الواحد .

كما ادعى نسخها بقوله تعالى: ﴿يأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾[الطلاق:١]. وبقوله سبحانه وتعالى: ﴿ولكم نصف ماترك أزواجكم﴾ [النساء:١٢].ومن الواضح أن النسخ متوقف على المعارضة بين الآيتين ولا معارضة بينهما، فإن الآية الأولى لادلالة فيها على أنه لازواج بلا طلاق لتعارض آية المتعة وتكون ناسخة لها. كما أن مادل على أن لا إرث للمتمتع بها تكون مفسرة لآية الإرث ومخصصة لها بالزواج الدائم غير المنقطع المسمى بالمتعة. وكيف تكون آية المتعة منسوخة ويخفى النسخ على أمير المؤمنين على(ع) على مايروى عنه ابن جرير الطبرى فى تفسيره، وأبو يعلى فى مسنده، وأبو داوود فى ناسخه: "لولا ماسبق من رأى عمر بن الخطاب لأمرت بالمتعة ثم ما زنى إلا شقى" ؟

وكيف يخفى على ابن عباس وهو القائل على مافى كتاب أحكام القرآن للجصاص : "رحم الله عمر، ما كانت المتعة إلا رحمة من الله تعالى، رحم بها أمة محمد ولولا نهيه لما احتاج الزنا إلا شقى"؟ وكيف يخفى على ابن مسعود وهو القائل على ما فى صحيح البخارى قال: "كنا نغزوا مع رسول الله (ﷺ) ليس معنا نساء قلنا ألا نستخص فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل ثم قرأ عبد الله: ﴿يأيها الذين آمنوا لاتحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولاتعتدوا إن الله لايحب المعتدين﴾.[المائدة:٨٧] انتهى". =

عوده وهذا الاختلاف معناه الشك فى انطباق نص الزنا على هذه الأفعال، ومن ثم تجب تبرئة المتهم من الجناية المنسوبة إليه-٢١٤-.

= فإن قراءته للآية المباركة تدل على أن تحريم المتعة لم يكن من الله ولا من رسوله وإنما هو أمر حدث بعد رسول الله (ﷺ) .

بل إن نسبة عمر الحرمة إلى نفسه دالة على عدم كون الآية منسوخة. ففى كتاب سنن البيهقى جـ ٧ باب نكاح المتعة ص ٢٠٦ روى أبو نضرة عن جابر بن عبد الله الأنصارى قال نضرة قلت: إن ابن الزبير ينهى عن المتعة وإن ابن عباس يامر بها. قال جابر : على يدى جرى الحديث تمتعنا مع رسول الله (ﷺ) ومع أبي بكر فلما ولى عمر خطب الناس فقال : إن رسول الله (ﷺ)، هذا الرسول وإن القرآن هذا القرآن وإنهما كانتا متعتان على عهد رسول الله وأنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما إحداهما متعة النساء، ولاأقدر على رجل تزوج متعة امرأة إلى أجل إلا غيبته بالحجارة .

ثم قال البيهقى : أخرجه مسلم من وجه آخر عن همام وروى نظير أبو صالح كاتب الليث فى نسخته والطحاوى ورواه ابن جرير فى تهذيب الآثار، وابن عساكر إلا أن عمر قال فيما روياه : واضرب فيهما ويشهد لذلك قصة الشامى التى رواها ابن جرير فى تهذيب الآثار عن سليمان بن يسار عن أم عبد الله ابنة أبي خيثمة أن رجلا قدم من الشام فنزل عليهما فقال إن العزبة قد اشتدت علىّ فابغينى امرأة أتمتع معها، قالت : فدللته على امرأة فشارطها واشهدوا على ذلك عدولا، فمكث معها ماشاء الله أن يمكث ثم إنه خرج فاخبر عن ذلك عمر بن الخطاب فارسل إلى فسألنى أحق ماحدثت؟ قلت نعم، قال فإذا قدم فاذنينى به فلما قدم اخبرته فارسل إليه فقال: ما حملك على الذى فعلته؟ قال فعلته مع رسول الله (ﷺ) ثم لم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم مع أبي بكر فلم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم معك فلم تحدث لنا فيه نهيا، فقال عمر، أما والذى نفسى بيده لو كنت تقدمت فى نهى لرجمتك . حتى يعرف النكاح من السفاح .

فإن عمر أقر الشامى على عدم نهى النبى عنها وعدم نسخها أيامه، ولايحق لعمر ولا لغيره من البشر أن ينسخ حكما شرعه الله وإن قلنا بخلافته، ولعل نهيه كان لمصلحة مؤقتة ارتآها فإنه يصح لرئيس الدولة الإسلامية أن ينهى عن بعض الأمور المباحة فى فترة من الزمن إذا اقتضت المصلحة ذلك ولايؤثر النهى بعد القضاء تلك المدة واطول مايمكن أن تكون المدة هى مدة حياته فلا يكون لنهى عمر تأثير بعد موته قطعا .

الصدر تعليق "رقم-٢١٤-": ويستثنى من ذلك صورة قطع الفاعل بالحرمة واعتقاد الحاكم بثبوتها.

الشاوى رأينا فى "تعليقى-٢١٣-،-٢١٤-": شرح طويل للأدلة التى يستند إليها فقهاء الجعفرية فى إباحة زواج المتعة – وليس هنا موضع مناقشتها .

وقد تكرر قول فقيهنا بسقوط الحد بسبب الشبهة وذكر أمثلة لها من وجهة نظره، ومع ذلك أجاز التعزير. ولاشك -فى نظرنا- فى أن الشبهات التى تسقط الحد والقصاص أكثر من تلك التى تسقط التعزير، لأن العقوبات المقدرة تستلزم توافر أدلة قانونية ليست ضرورية لثبوت الجرائم =

عوده الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة فى ثبوت الجريمة. فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمرا، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر، درئ الحد لشبهة صدق الشاهدين فى عدولهما، وبرئ المتهم مما نسب إليه . وإذا نسب إلى شخص يجن ويفيق أنه ارتد أو سرق، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون، درئ عنه الحد؛ لشبهة عدم التكليف، وبرئ مما نسب إليه.

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث، فإن تطبيق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدى فى الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أيا كان مصدر الشبهة. فالأب يدرأ عنه الحد فى سرقة مال ولده؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : "أنت ومالك لأبيك"، ولكنه يعزر؛ لأن الدرء كان لشبهة حكمية أى شبهة فى المحل–٢١٥–. ومن يأت زوجته فى دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة فى المحل–٢١٦–، ولكنه يعزر. ومن يتزوج محرما أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد–٢١٧– عند أبى حنيفة، ولكنه يعزر .

= التعزيرية. فالشك الذى يوجب إسقاطها قد يتوافر فى حالات تكون الجريمة التعزيرية ثابتة. وفضلا عن ذلك، فإننا نكرر القول بأن ميزة التعازير أنها تتسع للتدابير التى تدخل ضمن مايسمى فى العصر الحاضر بتدابير الوقاية التى يجوز اتخاذها دون انتظار وقوع الجريمة أو ثبوتها، فهى تتجاوز نطاق العقوبات الجنائية، وإن كان فقيهنا والسيد الصدر لم يصدر من أى منهما أى إشارة إلى هذا النوع من التعازير .. مع أن ذلك كان يوفر عليهما وعلينا كثيرا من الجدل حول مايَعُدّه جريمة أولا، وما يُعَدّ حدا أم لا، كما هو ظاهر فى التعليقات التالية : –٢١٤– إلى –٢٢٢– ....

الصدر تعليق "رقم–٢١٥–": بل كان درء الحد للدليل الشرعى، فإن معنى أنت ومالك لأبيك أى أن مالك منزل منزلة مال أبيك فلا يحد الأب إذا سرق منه شيئا، كما يشهد لذلك عدم الاقتصاص من الأب فيما إذا قتل ولده، فإن قتل الولد إذا كان لايوجب الحد على الأب فإن سرقة ماله لايوجب الحد على أبيه بطريق أولى .

الصدر تعليق "رقم–٢١٦–": اختلف علماء المسلمين فى حرمة الوطء فى الدبر وفى كراهته، وأدلة الحد لاتكون شاملة للوطء فى الدبر وإن قلنا بحرمته لعدم صدق الزنا واللواط على وطء الزوجة فلا يتحقق موضوع الحد .

الصدر تعليق "رقم–٢١٧–": مر عليك قريبا أن مجرد العقد لايكون سببا لدرء الحد مالم يكن يوجب اعتقاد الفاعل الجواز .

عۭده ومن سرق مالا تافها كالتراب، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده، يدرأ عنه حد السرقة-٢١٨- عند أبى حنيفة؛ لشبهة التفاهة والإباحة، ولكنه يعزر. ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد فى رأى أبى حنيفة لشبهة عدم الحرز-٢١٩-، ولكنه يعزر. وإذا نسب إلى شخص سرقة مثلا، واشتبه فيما إذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ، درئ عنه الحد، وعزر على ما نسب إليه-٢٢٠-. ومن يقر على نفسه بجريمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره يحد بإقراره، فإذا عدل عن إقراره كان عدوله شبهة تدرأ الحد، ولكنه يعزر-٢٢١- بدلا من عقوبة الحد. والفرق بين عدول المقر عن الإقرار، وعدول الشهود عن الشهادة، أن المتهم يعزر عند العدول عن الإقرار ويبرأ إذا عدل الشهود عن شهادتهم. وأساس هذا الفرق أن الإنسان لايتهم نفسه عادة بجريمة لم يرتكبها، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذبا بما لم يفعله. على أنه إذا تبين أن الإقرار كانت نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجبا، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل؛ لحديث ابن عمر: "ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت"؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه، فإذا امتنع المقر عن الإقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب فى إقراره، والعدول عن الإقرار الصحيح يدرأ به الحد للشبهة، ولكن الإقرار يبقى مع هذا مرجحا فيه

الصدر تعليق "رقم-٢١٨-": إذا لم يبلغ مقدار ماسرقه مايساوى ربع دينار، وأما مباح الأصل فلا فرق بينه وبين سواه فى لزوم إقامة الحد إذا سرق ممن أحرزه بعد أن تملكه إنسان محترم المال، إلا أن يكون السارق يعتقد الجواز لشبهة لديه ممن يحتمل قيام الشبهة لديه.

الصدر تعليق "رقم-٢١٩-": حرز كل شىء بحسبه وكون الباب مبنيا بقوة وإتقان يجعله فى حرز، فسرقته يوجب إقامة الحد مالم يحتمل السارق الجواز لشبهة لديه وكان ممن يحتمل إقامة الشبهة عنده كما مر ذلك عليك قريبا .

الصدر تعليق "رقم-٢٢٠-": مع ثبوت مانسب إليه وإلا فلا يكون مجرد النسبة موجبة حتى للتعزير.

الصدر تعليق "رقم-٢٢١-": إذا اعترف بما يقتضى التعزير أو رأى الحاكم أن المصلحة العامة تقتضى ذلك وإلا فلا يعزر لعدم ثبوت جريمة عليه تقتضى التعزير .

عوده جانب الصدق-٢٢٢-، فيصلح دليلا يعزر به وإن لم يصلح دليلا لعقوبة الحد. والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى فإن اقتنع أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية، وإن لم يقتنع حكم بالبراءة.

١٨٢ ـ هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير؟:

الأصل فى القاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود، لكن ليس ثمة ما يمنع -٢٢٣- من تطبيقها على جرائم التعازير؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين، وكل متهم فى حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهما فى جريمة من جرائم الحدود أوجرائم التعازير .

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير فى الحالات الثلاث التى يؤدى تطبيقها إلى البراءة فى جرائم الحدود، ولاتطبق فى حالات استبدال الحد-٢٢٤- بعقوبة تعزيرية؛ لأن جرائم التعازير عقوباتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضى واختياره، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهى مقدرة وبالغة فى الشدة والردع، وليس للقاضى أن يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا فى حالة درء الحد للشبهة .

الصدر تعليق "رقم-٢٢٢-": كيف يكون جانب الصدق مرجحا ياترى مع عدوله عن إقراره واحتمال أن يكون إقراره ناشئا عن داع من الدواعى الأخرى؟ وما فائدة هذا الترجيح؟ وكيف يكون سببا للتعزير مع عدم قيام دليل على الجريمة فلا يصلح إقراره المعدول عنه سببا للتعزير ؟

الصدر تعليق "رقم-٢٢٣-": المانع هو اختصاص لسان القاعدة بالحدود ولايقطع بعدم الفرق بينها وبين التعزيرات بعد احتمال أن الحدود إنما درئت لشدتها . فلا ملازمة بين درئها بالشبهة ودرء التعزيرات بها .

نعم فى مورد كان معذورا بالشبهة ولم يكن متمكنا من رفعها أو لم يكن يجب عليه رفعها كما إذا كانت الشبهة موضوعية كما فى مثال ما لو توهم شخص الأجنبية زوجته فوطئها فلا يستحق التعزير لأن التعزير على معصية ولم يصدر منه معصية .

الصدر تعليق "رقم-٢٢٤-": مر الكلام فى ذلك سابقا فراجع، ولو سلم شمول القاعدة للتعزيرات فلا فرق بين جميع أقسامها .

الشاوى رأينا فى "التعليقات رقم-٢١٥- — -٢٢٤-": ماقلناه من أن مبدأ درء الحدود بالشبهات ليس مقصورا على "الحدود" بالمعنى الضيق، بل يمتد إلى التعازير، مع فارق أن الشبهات التى تسقط العقوبة المقدرة القصوى أوسع نطاقا، والمثال الذى ذكره فى تعليقه رقم-٢٢٣- يؤيد ذلك - ويضيف فى تعليقه رقم -٢٢٤- أن شمول القاعدة للتعزيرات لايقتصر على قسم معين منها بل يشملها جميعا، وإن كنا نرى أن التعزيرات الوقائية التى يمكن اتخاذها دون حاجة لثبوت وقوع الجريمة لامحل للشبهات فيها.

إن التأمل فى اختلافات المذاهب بشأن تصنيف الشبهات وأنواعها وأمثلتها يؤكد ما قلناه من أنها غير محدودة ولامحصورة، وأنها مسألة اجتهادية؛ بل الأهم من ذلك أن الفقه لايضع معيارا ثابتا للنتائج المترتبة عليها .

فأولى النتائج المؤكدة، هى استبعاد العقوبات الحدية أو المقدرة عموما؛ أيا كان سبب الشبهة أو مصدرها. وذلك، لأن النصوص التى فرضت عقوبات الحدود هى نصوص استثنائية؛ إذ الأصل –كما قدمنا– هو أن جميع الجرائم يعاقب عليها بالتعزير، لكن بعضها تُفرض فيه العقوبة المقدرة عند توافر شروط الظرف المشدد للعقوبة؛ فإذا وجدت شبهة فى توافر أى شرط من هذه الشروط اللازمة للتشديد تطبق العقوبة الأصلية وهىعقوبةالتعزير.

ومعنى ذلك، أنه إذا كانت الشبهة منصبة على توافر الشروط المتعلقة بالظرف المشدد الموجب للحد أو القصاص أو الدية، فهى ينحصر أثرها فى استبعاد الظرف المشدد الموجب لتوقيع العقوبة القصوى. ولكن إذا بقى الفعل المعاقب عليه مؤكدا لاشبهة فى توافر أركان الجريمة، وجب التعزير. وفى غير هذه الحالة، أى إذا لم تتوافر أركان الجريمة التعزيرية يكون تطبيق المبدإ عاما يترتب عليه عدم تجريم الفعل، فلا تطبق عقوبة تعزيرية عند وجود شبهة فى ثبوت الفعل أو توافر شروط العقاب عليه.

وقد أوضح فقيهنا أن تبرئة المتهم تكون واجبة إذا كانت الشبهة قائمة فى توافر ركن من أركان الجريمة ذاتها (لا فى الظرف المشدد وحده)، وبخاصة ركن القصد الجنائى فى الجرائم العمدية كالزنا، أو ركن الأهلية وتوافر شروط المسئولية الجنائية، أو ركن المحل فى السرقة مثلا إذ يشترط أن يكون المال مملوكا للغير ...

وأدق من ذلك وجود شبهة فى الإثبات. فقد فرق بين الدليل القانونى المشترط لتوقيع الحد، مثل الإقرار فى جريمة الزنا (ومثله توافر أربعة شهود)، فإن العدول عن الإقرار (أو عدم توافر أربعة شهود) لا يترتب عليه الحكم بالبراءة حتما، إذا ثبت الفعل المعاقب عليه بدليل آخر وكان يستوجب التعزير رغم عدم ثبوت الظرف المشدد .

هنا يسقط الحد فقط، ونحن نرى أنه يمكن تعزير المتهم إذا كان الفعل المكون للجريمة ثابتا بأدلة أقل من الدليل القانونى المشترط لوجوب الحد، وما نقله عن فقهائنا فى هذا الصدد يؤكد ما قلناه من أن الأدلة القانونية مثل توافر أربعة شهود أو الإقرار فى الزنا إنما تشترط لثبوت الظرف المشدد وحده. فعدم توافرها لا ينفى ثبوت

العلاقة الجنسية المحرمة أو الفاحشة أى الفعل المكون للجريمة التعزيرية الذى يخضع فى إثباته للقواعد العامة وهى الأدلة الاقناعية بما فيها القرائن....

ويؤكد قولنا ما صرح به فى السطر الأخير من هذا البند (ص ب/238) من أن المسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى .

وقد بلغ فقهنا أقصى درجات الدقة عندما ميزوا العدول عن الإقرار الصحيح، وقالوا إنه يسقط الحد فقط لكنه لا يعدم الدليل ذاته الذى يبقى إذ يجوز عَدُّه فى مستوى القرينة التى قد تكفى لإقناع القاضى بوقوع الفعل وثبوت أركان جريمة المعاشرة خارج الزواج، والتى تُعَدّ عرفا زنا، وإن كان يمكن قصر تسمية الزنا على الجريمة الحدية وحدها، وإعطاء الجريمة التعزيرية اسما آخر مثل الفاحشة .

ويؤيد ذلك قوله تعالى عن الزنا إنه كان فاحشة ومقتا. فالفاحشة هى كل معاشرة لامرأة خارج نطاق الزواج، ولو لم تصاحبها العلانية التى تثبت بأربعة شهود رؤية، أو إقرار قضائى متكرر. فإذا لم يتوافر الدليل القانونى المذكور بسبب العدول عن إقرار صحيح دون إكراه أو عدم توافر الشهود الأربعة، فلا يتوافر الظرف المشدد الذى يستوجب الحد، وفى هذه الحالة يستبعد الإقرار كدليل قانونى لكنه يبقى كقرينة يمكن أن تقنع القاضى بوقوع فعل يستحق التعزير، على حد قوله رغم أنه لا يصلح (أو بالأصح لا يكفى) لوجوب الحد.

وتأكيدا للمبدإ العام فى الأدلة الإقناعية، يقول: "إن المسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى، فإن اقتنع أن الإقرار صحيح (كقرينة قضائية فقط) رغم العدول عنه عاقب من عدل عن إقراره الصحيح بالتعزير لأن الجريمة التعزيرية تكون أركانها ثابتة بهذه القرينة التى لا تصل إلى حد "الاعتراف القضائى" المشترط لثبوت الظرف المشدد فى جريمة الزنا. وقد بينا فى موضع آخر أن هذا الظرف المشدد لا يثبت إلا بوجود أربعة شهود رؤية أو الاعتراف العلنى القضائى المصر عليه، وقد استخلصنا من ذلك أن الظرف المشدد هو "العلانية الفاضحة التى تشيع الفاحشة فى المجتمع"، وهذه العلانية هى التى يلزم لثبوتها الإقرار العلنى القضائى المصر عليه أو الشهود الأربعة بشرط أن يكونوا شهود رؤية .

ننتقل الآن إلى الصورة الأخرى التى كان موقف الفقه فيها حاسما، وهو حالة الإقرار غير الصحيح أو الباطل لأنه وقع نتيجة إكراه أو تعذيب، إذ ينقل عن فقهائنا أن الحكم هنا يختلف عن الحكم فىحالة "العدول عن إقرار صحيح"، إذ يقولون بوجوب الحكم بالبراءة لانعدام الدليل .

الشبهات قد تدرأ التعازير أيضا :

فى هذا يكون حكم الفقه فى أقصى صور الدقة، إذ يرون أن الإقرار نتيجة تعذيب أو تهديد أو تخويف يكون منعدما كدليل شرعى ولا يمكن عَدُّه فى مستوى القرائن القضائية التى يجوز للقاضى أن يبنى عليها اقتناعه بثبوت أى فعل جنائى.

وقد نقل لنا حديث ابن عمر الذى دل على أن بطلان الإقرار وانعدامه قد يكون نتيجة مجرد "تجويع أو تخويف أو مجرد توثيق أى تقييد المتهم...." .

هذا هو الفقه الراقى الذى فرضته سنة نبينا الكريم منذ أربعة عشر قرنا فى حين أن القوانين الوضعية فى كثير من البلاد التى تدعى الرقى والتقدم لم تصل إلى هذا الحد للآن...

وأسوأ من ذلك ما يسير عليه العمل فى بعض البلاد من ممارسة الإكراه والتعذيب والتخويف والتهديد على الأفراد - برغم وجود نصوص تحرم ذلك - لانتزاع اعتراف أو إقرار يكون فى شريعتنا باطلا ولاأساس له، ولايجوز أن يكون أساسا لتوقيع حد أو تعزير أو مساءلة من أى نوع..

إن استبعاد الدليل القانونى المشترط لثبوت الظرف المشدد الموجب لعقوبة الحد أو القصاص لا يسرى على التعازير، لأن الأدلة فيها إقناعية وتقديرية للقاضى. وهذا الأصل لايطبق فى الحدود والقصاص، فإن من رحمة الشارع الحكيم أنه قيد الحكم بها باشتراط توافر أدلة قانونية عينها النص بقصد تقليل حالات توقيع تلك العقوبات القصوى المقدرة.... واستنبط الفقه من ذلك أنه فى حالة عدم توافر الدليل القانونى الاستثنائى (كالاعتراف أو شهادة عدد من الشهود) تستبعد العقوبة المقدرة حدا أو قصاصا، لكن فى حالة اقتناع القاضى بثبوت فعل معاقب عليه تعزيرا بالأدلة الإقناعية يترتب على ذلك بقاء حق القاضى فى تعزير المتهم رغم سقوط الحد.

معنى ذلك، أن الشبهة التى تدرأ التعزير هى التى تعدم الدليل الاقناعى وتبطله. أما الشبهة التى تدرأ الحد، فهى تنصب فقط على الدليل القانونى الذى فرضه النص لكى تجب العقوبة المشددة التى لا تثبت إلا بالدليل القانونى الاستثنائى الذى اشترطه لثبوت الظرف المشدد، برغم أنه قد يوجد دليل إقناعى أقل منه يكفى لثبوت الفعل وتوافر جميع أركانه التى توجب التعزير... الذى قلنا بأنه يمكن أن يتجاوز نطاق العقوبات ويكون مجرد تدبير وقائى أو تعبدى يجوز اتخاذه قبل وقوع أى جريمة، بقصد منع ارتكابها...

عوده ١٨٣ ـ المبدأ الثانى تفضيل الخطإ فى العفو: من المبادئ العامة المقررة فى الشريعة أن الخطأ فى العفو خير من الخطإ فى العقوبة. وأصل هذا المبدإ قول الرسول عليه السلام: "إن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة). ومعنى هذا المبدإ أنه لايصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجانى ارتكب الجريمة–٢٢٥–، وأن النص المحرم منطبق على الجريمة، فإذا كان ثمة شك فى أن الجانى ارتكب الجريمة، أو فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجانى، وجب العفو على الجانى أى: الحكم ببراءته؛ لأن براءة المجرم فى حال الشك خير للجماعة، وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البرىء مع الشك.

ومبدأ الخطإ فى العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم، فهو ينطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير .

ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يُعَدّ تطبيقا لمبدإ الخطأ فى العفو على الأقل فى الحالات التى يؤدى فيها درء الحد لتبرئة الجانى .

الصدر تعليق "رقم–٢٢٥–": بالطريق الذى عينه الشارع .

الشاوى رأينا فى "تعليق–٢٢٥–": السيد الصدر يضيف تحفظا دقيقا بأن العقوبات لايجوز فرضها إلا إذا كان ثبوت ارتكاب المتهم للجريمة قد تم – (بالطريق الذى عينه الشارع الحكيم)، أى أن يستبعد مشروعية توقيع العقاب المقرر فى حالة ماإذا ادعى بارتكاب الشخص لجريمة ما لكن لم يتوافر لها الدليل "الذى عينه الشارع" حسب قوله – مهما تكن صعوبة توافر هذا الدليل أو ندرة وجوده كما فى بعض جرائم الحدود كالزنا حيث يعين النص القرآنى الدليل المقبول بأربعة شهود رؤية لإمكان فرض عقوبة الحد. وهذا تحفظ صحيح نؤيده، لأنه مبنى على القواعد العامة، برغم أنه ينسب هذا القول إلى فقهاء مذهبه الجعفرى كما هو الشأن فى التعليق التالى.

وهذا الشرط يطبق أيضا فى التعازير برغم أن الأدلة فيها إقناعية خاضعة لتقدير القاضى، إلا أنها لابد أن تكون أدلة صحيحة، أما إذا كانت باطلة لأنها وجدت نتيجة عمل محرم مثل تفتيش باطل أو إكراه وتعذيب أو تجسس أو غير ذلك من الأعمال المحرمة فلا يجوز لقاضى التعازير أن يأخذها فى حسبانه ولا أن يحكم بالتعزير بناء عليها .

عوده **١٨٤ ـ القانون والشريعة** : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة الشريعة فى التفسير. وإذا كانت القوانين تميل إلى تقييد سلطة القاضى-٢٢٦- فى تفسير النصوص الجنائية، إلا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الضرورات العملية، والرغبة فى حماية المصالح العامة، إلى التوسع فى تفسير النصوص الجنائية. من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضرورى فى السرقة؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضروب السرقة، لايدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق. وكذلك عَدَّت المحاكم الكهرباء منقولا؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة، كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى. والقاعدة التى تتبعها المحاكم يحبذها أكثر الشراح، وهى عين الطريقة التى تأخذ بها الشريعة الإسلامية .

والقاعدة فى القانون أن يفسر كل شك لمصلحة المتهم. وتطبيق هذه القاعدة قد يؤدى إلى تخفيف عقوبة الجانى، وقد يؤدى إلى تبرئة المتهم. فمثلا إذا شكت المحكمة فى توافر ركن الإكراه فى السرقة بالإكراه، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم، وعُدَّت الواقعة سرقة عادية، وعوقب عليها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية. وإذا شكت المحكمة فى ثبوت الجريمة، أو فى توافر ركن من أركانها، حكم ببراءة المتهم. ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم فى القانون، يقابل فى الشريعة درء الحد بالشبهات، وتفضيل الخطإ فى العفو ويؤدى إلى نفس نتائج هذين المبدأين[1] .

الصدر تعليق "رقم-٢٢٦-": وإلى ذلك يذهب فقهاء المذهب الجعفرى، وفيما إذا لم يكن القاضى مجتهدا فإن عليه أن يرجع فى تفسيره إلى مجتهد من المجتهدين .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٢٦-": نرى تأييده لقول فقيهنا بان شريعتنا السمحاء سبقت القوانين الوضعية فى وضع الأحكام التى تقيد سلطة القضاء الدنيوى لأنه ليس الحاكم الأخير بل الحكم لله سبحانه وتعالى يوم الدين بعد البعث والنشور. فالأساس عندنا عقيدى يبدأ بالإيمان بعدالة الله يوم البعث والنشور ... الذى لاتهتم به القوانين الوضعية "الحديثة".

فضلا عن ذلك يشير السيد الصدر إلى اتجاه فقهاء الجعفرية إلى تقييد سلطة القاضى غير المجتهد، وتلزمه بأن يرجع فى تفسير النص إلى مجتهد من المجتهدين – والفقه السنى لايختلف فى ذلك، وهذا هو مايجعلنا نلح فى المطالبة بقيام أهل الاجتهاد بالتقنين حتى يلتزم به القضاة غير المجتهدين فى عصرنا الحاضر. لكن مع ذلك نرى أن المقلد سواء كان قاضيا أو فردا له دور فى تفسير النصوص طالما أنه يلتزم بتنفيذها، ويكون ذلك واجبا حتميا إذا لم يجد فى مذهبه مايكفى لذلك أو لم يجد مجتهدا يرجع إليه .

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٦ – ١١٠، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١١٤ – ١١٥ .

الجزاء فى الآخرة هو الأساس :

يشير إلى حديث آخر يوجب على القاضى عند الشك فى الإدانة الحكم بتبرئة المتهم؛ لأن تبرئة المتهم فى حالة الشك خير من إدانته. وهذا المبدأ يقابل عملا المبدأ الحديث الذى أشرنا إليه من قبل. وقد انتهز هذه الفرصة ليؤكد أن الفقه العصرى قد توصل أخيرا إلى ما قررته الشريعة قبله منذ قرون طويلة ... وهذا يؤكد السبق الزمنى للشريعة على القوانين الوضعية؛ فضلا عما أشرنا إليه من التفرقة الموضوعية بين القاعدتين التى أشرنا إليهما سابقا .

ويجب أن نلاحظ أن شريعتنا لم تقرر ذلك الاتجاه أو من باب العواطف الإنسانية، كما يقول بعض شراح القوانين الوضعية، وإنما كان ذلك نتيجة لما قدمناه من أن العقاب الدنيوى ليس هو الجزاء الوحيد على الانحراف والإجرام، وأن تبرئة المتهم لوجود شبهة لن تعفيه من العذاب والجزاء يوم القيامة الذى يفرضه عليه ملك يوم الدين العادل القادر الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور، وعلمه بالحقيقة لا يرد عليه شك؛ فالشك قد ينفع المجرم فى الدنيا وأمام قضاتها، لكن لا وجود له يوم الحساب فى الآخرة يوم تشهد عليهم أيديهم وأرجلهم بما ارتكبوا ... فلا محل للشبهات هناك .

أما القوانين الوضعية، فلا تعترف بالجزاء يوم الدين؛ وعندما تبرئ المتهم لوجود شبهة رغم أنه قد يكون هو الجانى فعلا، يكون لسان حالها كأنه يقول له : لقد نجحت فى تضليل القضاء بفضل حيلتك أو ظروف قضيتك وفصاحة محاميك، وتلك البراءة مكافأة لك على حظك السعيد وشطارتك أو على كفاءة محاميك المدافع عنك. أما غيره الذى لا مال عنده ليستعين بكبار المحامين ويدفع لهم الملايين، فهو الذى توقع عليه العقوبة لا جزاء على فقط بل جزاء على فقره الذى لم يمكنه من دفع أتعاب محام كبير يمكنه من إثبات وجود شبهة تزعزع اقتناع القاضى بأدلة الاتهام ...

هذا هو الفرق بين عدالة السماء فى شريعتنا، وعدالة القوانين "الوضعية" .

المبحث الرابع
في تعارض الأحكام (أي النصوص) ونسخها

عود ٥ ١٨٥- *التعارض* : إذا تعارض نصان في قوة واحدة: كآيتين، أو آية وسنة متواترة، أو سنتين متواترتين، أو حديثين مشهورين، أو خبرين من أخبار الآحاد، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق-٢٢٧-.

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين، رجح أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح. والترجيح إما أن يكون من ناحية المتن، وإما من ناحية السند، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة-٢٢٨-، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا -٢٢٩-، ويرجح المحكم على المفسر-٢٣٠-، والمفسر على النص وهكذا، ويرجح العام على المخصص-٢٣١-.

الصدر تعليق "رقم-٢٢٧-": إذا لم يمكن الجمع بينهما عرفا وكانا متباينين عند العرف. وأما مع إمكان الجمع بينهما عرفا وكون أحدهما في نظر العرف مفسرا للآخر أو حاكما عليه أو مخصصا أو مقيدا له، على التفصيل الذي ذكرناه آنفا، فلا ريب في تقديم المفسر، ولايكون هناك تعارض واقعي، وإن توهم ذلك في النظرة الأولى.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٢٧-": لاشك في أن وجود تعارض بين نصين يحتاج إلى توافر شروط عديدة قد يختلف فيها المفسرون. ويشير السيد الصدر إلى الشروط التي يجب مراعاتها قبل القول بوجود تعارض – لأن التعارض أمر استثنائي لايجوز القول به دون التأكد من توافر شروطه.

الصدر تعليق "رقم-٢٢٨-": ليست الأقوائية دائما سببا للترجيح، ولايخرج الدليلان عن التعارض مالم يكن أحدهما مقدما على الآخر عرفا ومفسرا له كما مر ذلك علينا سابقا.

الصدر تعليق "رقم-٢٢٩-": إذا كان المفهوم بالإشارة ملازما لعبارة النص، لايمكن التفكيك عنه فلا وجه لتقديم مفهوم العبارة عليه، لأن كلا منهما مستفاد من النص فيقع التعارض بينهما إلا أن يكون أحدهما قرينة على الآخر عرفا كما مر عليك ذلك سابقا.

الصدر تعليق "رقم-٢٣٠-": لاوجه لترجيحه بعد كون كل منهما نصا في المدعى ولا يخرجان عن التعارض إلا إذا كان أحدهما قرينة على الآخر عرفا كما مر عليك ذلك آنفا.

الصدر تعليق "رقم-٢٣١-": أي العام الذي لم يخصص على العام الذي خصص فيما إذا وقع التعارض بين العام الأول وبين مابقي تحت العام الثاني بعد تخصيصه ولا وجه لتقديم الأول مالم يكن مفسرا عرفا للثاني، كما أن الثاني يقدم إذا كان مفسرا للأول وقرينة عليه عرفية بل =

ومن جهة السند يرجح الخبر الذى رواته من أهل الفقه والأمانة على غيرهم -٢٣٢- . ‹عودة›

وإذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق-٢٣٣-، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين لحالة، وتخصيص الآخر بحالة أخرى، أو بجعل أحد النصين مبينا الحكم الدنيوى، والثانى مبينا الحكم الأخروى، أو بجعل أحدهما حقيقيّا، والثانى مجازيّا أو بغير ذلك .

= اللازم تقديم الثانى إذا أصبح بعد تخصيصه نصا فيما بقى تحته بأن يكون تقديم العام الأول عليه لا يبقى للعام الثانى فردا له.

الشاوى رأينا فى "التعليقات من رقم-٢٢٨- إلى-٢٣١-": يطبق الشروط التى ذكرها فى التعليق السابق، وقد يمكن التساؤل عن المفهوم من العرف الذى يشير إليه بشأن الجمع بين النصوص أو التوفيق بينهما – ونرجح أنه يقصد بذلك مايسير عليه جمهور العلماء أو أغلبيتهم .

الصدر تعليق "رقم-٢٣٢-": ذهب كثير من فقهاء المذهب الجعفرى إلى ترجيح الخبر الذى يوصف رواته بالفقاهة والورع أكثر من الآخر، ويستندون فى ذلك إلى خبرين يرويهما أولهما ابن حنظلة عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع)، ويرويه الثانى زرارة عن الإمام جعفر الصادق أيضا. وذهب جماعة إلى عدم الترجيح بصفات الراوى لضعف سند الحديثين اللذين استدلت بهما الطائفة الأولى مع عدم دلالة رواية حنظلة لأن مورد هما التعارض بين الحكمين لا الروايتين، وقد ظهر من بيان حجة الطرفين أن الرجحان مع القول الثانى .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٣٢-": يؤكد مالقاه من قبل من أن الشيعة يعطون الأولوية للأخبار المعتمدة، رغم ما قد يوجد بينها من تعارض فى نظره وهو يذكر أمثلة لهذا التعارض.

ويرى أنه يرجح القول بأن التعارض يضعف سند الحديثين المتعارضين معا، وكان نود لو أنه أشار فى هذه الحالة إلى وجوب الالتزام بالمبادئ العامة واستنباط الحكم منها مباشرة ... وأن تكون هى التى ترجح بين الأخبار المتعارضة .

الصدر تعليق "رقم-٢٣٣-": إذا كان هناك جمع عرفى بين الدليلين فلا يقع التعارض بين الدليلين ليحتاج إلى الترجيح، وأما مع عدم وجود جمع عرفى بينهما فلا مجال للتوفيق بينهما بمجرد إمكان ذلك والإلتزام بالدليلين بمجرد إمكان الجمع بينهما عن التعارض مالم تقم قرينة عرفية على هذا الجمع فلا يمكن تخصيص كل من النصين بحالة أو جعل أحدهما لحكم دنيوى والآخر لحكم أخروى أو أحدهما حقيقى والآخر مجازى مالم تقم قرينة على ذلك ومع قيام القرينة فلا تعارض، فلا يحتاج إلى الترجيح.

عوده

وإذا لم يعلم تاريخ وورود النصين المتعارضين، ولم يقم دليل على رجحان أحدهما على الآخر-٢٣٤-، ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما، عدل عن الاستدلال بهما إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهما إلى خبر الآحاد-٢٣٥-.

ويراعى دائما فى حالة الترجيح، والجمع، والتوفيق، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع، فتكون الموازنة بين الأدلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة-٢٣٦-.

الصدر: تعليق "رقم-٢٣٤-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا من الرجحان بحسب الفهم العرفى .

الصدر: تعليق "رقم-٢٣٥-": مر علينا قريبا إمكان الاستدلال بأخبار الآحاد حتى مع وجود آية مباركة أو سنة متواترة كما مر علينا قريبا ذلك، كما مر علينا إمكان تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بأخبار الآحاد .

الصدر: تعليق "رقم-٢٣٦-": ويؤخذ ذلك فى مقام الترجيح من الأدلة المثبتة لكيفية الترجيح .

الشاوى: رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٣٣- إلى-٢٣٦-": يضيف ملاحظاته على الجمع والتوفيق بين النصوص المتساوية فى القوة، وكل ذلك يدخل فى نطاق تفسير النصوص .

وقد سبق أن قلنا إننا لانقر الغلو فى الاعتماد على "أخبار الآحاد" إذا تعارضت مع المبادئ العامة، التى هى فى نظرنا مرجح أولى بالاعتبار من أخبار الآحاد. وهذا ردنا على ماقاله فى التعليق رقم-٢٣٥-، وخلاصته أن أخبار الآحاد لايجوز الاعتماد عليها فى تخصيص نصوص الكتاب والسنة، إلا إذا كانت المبادئ العامة هى التى تستلزم التخصيص؛ فالعبرة عندنا فى هذه الحالة بالمبادئ العامة ويؤيدنا ماقاله فقيهنا فى الفقرة الأخيرة ...

بعد استعراضه لضرورات الترجيح والجمع والتوفيق بين "النصوص" لإزالة شبهة التعارض بينهما؛ أشار فقيهنا إلى المبدإ الأساسى الذى يجب الالتزام به، وهو ما سماه "عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ومقاصد الشارع والأصول الأساسية" – التى قلنا إنها أساس النظريات التشريعية .

إن كل ما يقال فى هذا الفصل عما وصفه البعض بالتعارض بين "النصوص" يرجع فى الأصل إلى ضرورات التدرج الزمنى؛ فالأصل أن الوحى قد سار على سنة "التدرج" فى التشريع؛ وقد يكون التدرج صعوديا أو نزوليا – فيكون صعوديا إذا بدأ بحكم فرعى أو محدود ثم وصل إلى المبدإ العام، وبالعكس فإن التدرج يكون نزوليا عندما يقرر مبدأ عاما ثم يخصصه بعد ذلك بنص أو سنة عملية .

ومهمة المجتهد هى معرفة نوع التدرج مستعينا بما وصل إلى علمه من تاريخ وظروف نزول النصوص أو السيرة النبوية، فإذا عجز عن معرفة اتجاه التدرج الزمنى فإن الواجب هو الاستعانة بالأصول العامة التى وصفها بأنها روح التشريع والمبادئ العامة ومقاصد الشريعة؛ وهى التى يستعان بها فى وضع النظريات العامة. وهذا ما يؤكد أهمية التوسع فى التنظير فى المرحلة الحالية والمستقبل بسبب تعقد العلاقات الاجتماعية وزيادة المشكلات الإنسانية .

أولى مزايا النظريات هى أنها تساعدنا فى عملية التوفيق والترجيح بين الآراء والنصوص المختلفة، وتقدم لنا الوسائل الكفيلة بإزالة الظن بوجود تعارض بين النصوص والأحكام والآراء .

إننا نفضل منتهى الحذر، حتى لا يتوسع البعض فى ادعاء النسخ دون مبرر أو موجب لذلك، ونكتفى بالقول بأنه ثبت تخصيص بعض النصوص العامة، كما فى حالة الفاحشة التى فرض فيها الإمساك فى البيوت بالنسبة للزوجات اللاتى يتهمن بها .

❁ عفو الزوج عن زنا زوجته دليل على توبتها :

ونحن نفضل فى هذه الحالة القول بأن هذا "الإمساك فى البيوت" هو من وسائل التعزير التى يمكن الحكم بها عند سقوط الحد بسبب من الأسباب – والسبب هنا فى نظرنا هو حق الزوج فى العفو عن الحد، والاكتفاء بالتعزير، وحق الزوج فى العفو عن حد الزنا وإن لم يرد به نص كما ورد فى شأن حق أولياء الدم أو المجنى عليهم فى العفو عن القصاص.

إننا نفضل أن نَعُدَّ هذا النص على أنه يعطى للزوج حق العفو عن الحد الذى تستحقه الزوجة، ونكتفى فى هذه الحالة بتعزيرها بإمساكها فى بيتها.. حتى يتوفاها الله .. بدليل قوله تعالى : ﴿فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء: ١٦]– والذى له الحق فى تقرير هذه التوبة هو الزوج بالنسبة لزوجته والقاضى بالنسبة لشريكها فى الزنا.

عوده ۱۸٦ ـ *النسخ* : هو إبطال حكم تشريعى بدليل يدل عليه صراحة أو ضمناً إبطالاً كليّاً أو جزئيّاً لمصلحة اقتضته .

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع ينص صراحة على إبطال تشريع سابق. ومثال ذلك ماحدث فى تشريع الزنا، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس فى البيوت والإيذاء، وذلك قوله تعالى : ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً * واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيما﴾[النساء:١٥،١٦].ثم نسخ ذلك صراحة-٢٣٧- بقوله تعالى : ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾،[النور:٢]. وبقول رسول الله ﷺ : "خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلاً؛ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة". ومثل النسخ الصريح أيضا قول الرسول عليه السلام: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها، فإنها تذكركم الحياة الآخرة".

الصدر تعليق "رقم-٢٣٧-": مر آنفا أن الآية المباركة لايمكن نسخها إلا بآية متصلة بها فلا تكون هذه الآية ناسخة للآية الأخرى. ولو سلمنا إمكان نسخ القرآن الكريم بآية منفصلة عنه فلا دليل على كون الآية الثانية ناسخة للآية الأولى لأن النسخ متوقف على ثبوت التعارض بين الآيتين، والتعارض إنما يكون مع اتحاد مورد الآيتين وعدم إمكان اجتماع الحكمين، وكلا الأمرين محل منع .

أما نفى اتحاد مورد الحكمين فلعدم اختصاص الفاحشة بالزنا، فإن معنى الفاحشة عرفا ماتزايد قبحه وتفاحش، فقد يكون بين رجل وامرأة فيكون زنا فى الإيلاج، وملاعبة بدونه، وقد يكون بين امرأتين فيكون مساحقة، وقد يكون بين ذكرين فيكون لواطا مع الإيلاج وملاعبة بدونه. فليست الآية الأولى نصّا فى الزنا بل هى شاملة له بالعموم، والآية الثانية مختصة به فتخصص الأولى وتخرج الزنا من عمومها وتجعلها مختصة بما سواه .

كما لادليل على عدم اجتماع الحكمين لإمكان اجتماعهما فإن الحكم فى الآية الأولى حكم وقائى شرع لمنع المرأة من إتيان الفاحشة مرة أخرى والحكم الثانى شرع للتأديب على الجريمة الأولى.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٣٧-": يسرنا أن وجدنا لأول مرة إشارة إلى "الحكم الوقائى" للسيد الصدر الذى نؤيد ماأورده من إمكانية التوفيق بين الآيتين المشار لهما فى الصلب على أساس أن الأولى حكمها "وقائى لسد باب الوقوع فى الفاحشة عموما"، فى حين أن حد الزنا يقرر عقوبة لاتوقع إلا استثناء متى توافرت شروط الحد . فلا داعى للكلام على التعارض .

عوده

والنسخ الضمنى هو أن يصدر الشارع تشريعا لاحقا لاينص فيه صراحة على إبطال التشريع السابق، ولكنه يأتى فى التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق، بحيث لايمكن التوفيق بين التشريعين إلا بإلغاء أحدهما، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا.

والنسخ الكلى هو إبطال تشريع سابق إبطالا كليّا بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين.

والنسخ الجزئى -٢٣٨- هو أن يجئ التشريع عامّا شاملا كل فرد مكلف، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد. ومثال ذلك حكم القذف، فقد كان عاما ثم نسخ -٢٣٩- بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعنة .

الصدر تعليق "رقم-٢٣٨-": ماأسماه المؤلف بالنسخ الجزئى من مصاديق التخصيص للدليل العام السابق، ولعل مراده منه هو الخاص المتاخر الذى يخرج بعض أفراد العام من حين مجئ الخاص لا من اول الأمر .

الشاوى راينا فى "تعليق-٢٣٨-": نحن نوافق السيد الصدر فى أنه لاداعى لوصف "التخصيص" بانه نسخ جزئى - لأن الإسراف فى القول بالنسخ يخل هيبة النصوص وقوتها، ولذلك نؤيد ماقاله بأن الملاعنة لايجوز اعتبارها نسخا، بل هى وسيلة لإسقاط الحد عن الزوج القاذف تطبيقا لمبدإ درء الحدود بالشبهات .

الصدر تعليق "رقم-٢٣٩-": لامعارضة بين الحكمين ليكون الثانى ناسخا للأول لأن قذف الزوج يكون سببا لحده كقذف غيره ودليل الملاعنة لم ينف ذلك وإنما جعل للزوج طريقا لرفع الحد عنه بالملاعنة.

ع٥د ١٨٧ ـ محل النسخ : محل النسخ هو الأحكام التشريعية، وليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ، بمعنى أن ماورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق، فهناك نصوص محكمة لاتقبل النسخ بحال وهى-٢٤٠- :

أولا : النصوص التى تضمنت أحكاما أساسية كالنصوص التى أوجبت الإيمان بالله ورسله وكتبه واليوم الآخر، والنصوص التى جاءت بأصول العقائد والعبادات، والنصوص التى قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات، والنصوص التى حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق، والزنا والسرقة، والفساد فى الأرض، والظلم، وغير ذلك.

ثانيا: النصوص التى جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى فى قاذف المحصنات: ﴿ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ [النور: ٤].

ثالثا : النصوص التى دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى : ﴿فأما ثمود فأهلكوا بالطاغية﴾[الحاقة: ٥]. وكقول الرسول: "نصرت بالرعب مسيرة شهر"؛ لأن نسخ الخبر تكذيب للمخبر به، والكذب محال على الشارع.

هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لاتقبل النسخ وليست محلا له، أما ماعداها من النصوص فهو يقبل النسخ.

الصدر تعليق "رقم-٢٤٠-": أما ذكره أولا فهو وإن أمكن أن ينسخ إلا أنه يقطع بعدم نسخه للعلم ببقاء هذه الأحكام. وأما قوله سبحانه: ﴿ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا﴾[النور: ٤]. فليس المراد منه عدم قبول شهادتهم مدى الدهر دليل على أن هذه الأحكام لن تنسخ أبدا بل المراد لاتقبل شهادتهم بعد الحد وقبله فهى كغيرها من الأحكام قابلة للنسخ، وأما ما استثناه ثالثا فهو غريب لأن النسخ فى الأحكام لا فى الأخبار فهو خارج عن محل الكلام.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٤٠-": الجدل الذى يثيره السيد الصدر حول "أصناف" النصوص المحكمة، لامحل له فى نظرنا، لأن الأولى عَدُّ جميع النصوص القرآنية محكمة والاكتفاء بذكر النصوص التى يقال إنها نسخت بصفتها هى الاستثناء – وليست القاعدة – إن الاستثناء له شروط وقيود لابد من مراعاتها.

إن كثيرين يجادلون فى القول بالنسخ حتى فى الحالات الاستثنائية أو فى كثير منها على الأقل، فيجب على من يقولون بالنسخ أن يسلموا بأن حالاته استثنائية : (بل مشكوك فيها) وأن الأصل العام هو أن النصوص القرآنية محكمة ... وبذلك يضيق الفاصل بين الرأيين فى التطبيق ويكون محصورا فى حالات محدودة هى محل جدل.

186، 187 – النسخ وموضوعه :

موضوع النسخ هو الأحكام التي وردت بها نصوص في القرآن أو السنة.

ويعترض كثير من الفقهاء على القول بالنسخ فيما يتعلق بنصوص القرآن الكريم، ويفسرون إشارة القرآن الكريم إلى نسخ "الآيات" بأن المقصود بها نسخ الآيات التي جاء بها الأنبياء السابقون بأحكام شريعة هذه الرسالة الخاتمة.

وقد أشار فقيهنا إلى أن محل النسخ لايمكن أن يمتد إلى النصوص التي وصفها بأنها "محكمة"، ويشير بذلك إلى أن القرآن ذاته أشار إلى وجود نصوص محكمة إلى جانب نصوص متشابهة يصفها الفقهاء بأن دلالتها ظنية، وهي وحدها التي يدخل عليها "النسخ".

ونحن نقر بكل ذلك، لكننا نضيف إلى ماذكره ما نَعُدّه المبدأ الأساسى والأول في نظرنا والذى أشار إليه فيما سبق وهو ما نسميه وجوب مراعاة "الأصول والمقاصد والنظريات العامة".

وقبل أن نعرض ما قدمه في هذا الموضوع يجب أن أقر بأنى كنت أميل لترجيح أقوال المعارضين للنسخ في القرآن الكريم وخاصة من المحدثين الذين كتبوا في هذا الاتجاه، وحجتهم أنهم يخشون أن يكون في القول بنسخ أحكام وردت في نصوص الكتاب الكريم إخلال بقداسته وزعزعة مايقرره الفقه في قدسية نصوصه. وقد عرض هذه الآراء وأيدها ودافع عنها صديقنا الأستاذ الدكتور الهاشمى التيجانى من علماء الجزائر المدققين، في رسالته بعنوان "مذهب النسخ في التفسير وأبعاده الاجتماعية" التي نشرت طبعتها الأولى في الجزائر عام 1413 / 1993، وأعجبنا فيه توسعه في عرض الخلافات حول تعريفه ومدلوله وأنواعه وخاصة في التمييز بينه وبين التخصيص الذى لايجوز وصفه بأنه نسخ .

وعلى الرغم من أن من قالوا بوجود النسخ في القرآن يقدمون حججا منطقية، فإننى أرى أن علماء عصرنا قد بذلوا جهودا محمودة لاستبعاد كل صور التعارض (الموهوم) بين بعض النصوص، التي استند إليها أسلافنا في قولهم بوجود حالات النسخ، وإننى أرى أنهم على حق في أنه يجب ألا نقول، ولا نقبل القول بنسخ آية من القرآن إلا بما هو نظير لها من آيات قرآنية لاحقة لها، وإننى أرى أننا يجب أن نتردد في قبول القول بأن السنة يمكن أن يقال بأنها قد تنسخ بعض أحكام القرآن الكريم وخاصة إذا كانت من سنن الآحاد. ومن الواضح أن موضوع النسخ يدخل في نطاق علم التفسير .

عوده ١٨٨- متى كان النسخ ؟ : وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لاتقبله، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة، ينطبق على العهد الذى كان التشريع يتزل فيه، وهو ينتهى بوفاة الرسول ﷺ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ-٢٤١-، ولا هى محل له، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير-٢٤٢- ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحى بوفاة الرسول .

الصدر تعليق "رقم-٢٤١-": النسخ بمعناه الواقعى غير معقول حتى أيام النبى (ﷺ)، لأن لازمه أن الله سبحانه وتعالى يحكم بحكم ثم يبدو له فساد هذا الحكم فيرفعه أو يبدله، وهذا مستحيل بالنسبة إليه سبحانه وتعالى. وإنما النسخ فى الأحكام الشرعية نسخ صورى بمعنى أن الحكم من أول الأمر موقت بوقت معين، ولكن اقتضت الحكمة الإلهية إظهاره بمظهر الحكم الدائم المستمر، ولما انتهى أمده أمر الله سبحانه وتعالى فى كتابه وعلى لسان نبيه بارتفاعه فكان شبيها بالنسخ الحقيقى. ثم إن مدة الحكم قد تنتهى أيام النبى (ﷺ) فيخبر (ﷺ) بانتهائها، وقد تنتهى بعده (ﷺ) فيخبر النبى (ﷺ) وصيه بظرف انتهاء مدته فيعلن الوصى انتهاء المدة حينما يتحقق ذلك الظرف، فلا فرق فى استحالة النسخ الحقيقى وإمكان النسخ الصورى بين أيامه (ﷺ) ومابعد وفاته.

الصدر تعليق "رقم-٢٤٢-": لاسلطة تملك تغيير ما أنزله الله سبحانه وتعالى إلا الله وحده، وإنما وظيفة النبى (ﷺ) الإخبار عن هذا التغيير. وكما يمكن للنبى أن يخبر بلسانه يمكن أن يخبر خليفته ووصيه من بعده بأن التغيير سيكون بعده، فحينما يتحقق ذلك الزمان وتنتهى مدة الحكم المنسوخ يخبر الوصى بذلك.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٢٤١-، -٢٤٢-": أنهما يؤكدان ماقلناه من وجوب التحرج من القول بالنسخ وأن الأفضل هو عَدُّه "صوريا" كما يشير السيد الصدر – لأن حكم النص "المنسوخ" كان مؤقتا أو "ظرفيا" توقف تطبيقه عندما زال الظرف أو الوقت الذى اقتضاه. لكننا لانقر بما قاله بشأن "وصى الرسول الكريم" الذى يدَّعى أنه يملك تغيير الأحكام أو الإخبار عن تغييرها ...

إن شريعتنا فتحت للأمة باب التجديد والاجتهاد – على أن ذلك لجميع أهل الاجتهاد، ولايمكن أن يختص به شخص أو هيئة بحجة أن هذا وصى أو خليفة ...

موضوع النسخ خاص بنصوص الكتاب والسنة وما قررته النصوص القطعية فى عهد الرسالة (بوحى صريح فى القرآن أو إقرار ضمنى فى السنة)؛ أما تطور الأحكام الاجتهادية أو الإجماعية فلا يسمى نسخا؛ وإنما هو نمو فى الأحكام وتجديد فيها، أو تطوير لها، لأن دلالتها ظنية ولذلك تقبل التعديل والتغيير والتطور.

ولهذا فإنه قال إن زمن النسخ هو فى فترة الوحى – أى فى حياة الرسول الأمين.

لكن ذلك لايمنع من أن يستمر الاجتهاد بشأن الترجيح والتوفيق والجمع بين النصوص فى جميع العصور، وهذا الترجيح والتوفيق هو مهمة المجتهدين والمفسرين والفقهاء، وليست خاصة بوصى أو خليفة.

بل إننا نشاهد تزايد الحوار والجدل بشأن النسخ ذاته فى العصر الحاضر، لأنه كان ومازال موضوعا للاجتهاد واختلاف الآراء. ويقال إن الاصفهانى أول من عارض القول بالنسخ، وكثير من المحدثين يعارض فكرة النسخ مثل الشيخ "محمد الغزالى" والدكتور "مصطفى زيد".

وأحكام الفقه المستمدة من الإجماع أو الاجتهاد هى جزء من الشريعة بالمعنى العام، ولكنها أدنى درجات الأحكام الشرعية، فمشروعيتها مستمدة من استنباط أحكامها من الكتاب والسنة (وهى الشريعة بالمعنى الضيق)..

ولذلك، فإن أحكام الفقه تكون أعلى من النظم الوضعية، ولا يجوز لتلك الأنظمة أن تخرج عن نطاقها أو تعطل أحكامها، سواء كانت مقننة أو متناثرة فى كتب الفقه.

وعلاقة الأنظمة الوضعية بأحكام الشريعة هى موضوع المبحث الخامس فى كتاب فقهنا فيما بعد.

عوده ١٨٩- أيُّ النصوص تنسخ الأخرى؟: القاعدة العامة في الشريعة أن النص لاينسخه إلا نص في قوته أو أقوى منه، وأن النص الأقل قوة لاينسخ نصا أقوى منه. والنصوص في الشريعة مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والإجماع والقياس-٢٤٣-، ومايصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات-٢٤٤-. والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة-٢٤٥-، فهما اللذان جاءا بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة، أما بقية المصادر فهي لاتأتي بأسس شرعية جديدة، ولاتضع أحكاما عامة جديدة، وإنما هي طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة، فهي لايمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة؛ لأنها تستمد منهما وتستند على نصوصهما، وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح

الصدر تعليق "رقم-٢٤٣-": وقد مر علينا سابقا أن القياس ليس من مصادر التشريع في الفقه الجعفري وأن رابع مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٤٣-": تجمع مواردة في التعليقات على هذا البند سبق لنا الكلام عنها. فالتعليقات أرقام-٢٤٣- إلى-٢٤٦- تعيد ماقاله في استبعاد القياس عند الجعفرية، ولانعتقد أنهم كانوا في حاجة لذلك ماداموا يُعدّون "العقل" هو المصدر الرابع، لأن القياس في نظرنا صورة من صور استعمال العقل، بل هي أولى الصور.

الصدر تعليق "رقم-٢٤٤-": تكون نافذة المفعول في ظرف خاص، إذ ليس لأولى الأمر تشريع حكم دائمي مستمر.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٤٤-": نرى أنه على حق لأن مايأمر به "أولو الأمر" هي أحكام ظرفية ومؤقتة دائما. وقد عاد لتأكيد ذلك في تعليقه رقم 247. هذا، مع تأكيدنا على أن أولى الأمر في التشريع هم أهل الاجتهاد لا السلاطين والحكام.

الصدر تعليق "رقم-٢٤٥-": والأخبار المروية عن أئمة أهل البيت داخلة في السنة لأنهم ينطقون عن لسان جدهم النبي (ﷺ)، وقد أمرنا (ﷺ) باتباعهم بقوله: "أهل بيتي كسفينة نوح، من تمسك بهم نجا، ومن تخلف عنهم هوى"، وبقوله (ﷺ): "إني مخلف فيكم الثقلين كتاب الله وعترتي أهل بيتي لن يفترقا حتى يردا عليَّ الحوض، ماإن تمسكتم بهما لن تضلوا أبدا".

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٤٥-": تكرار لما قاله عن إعطائهم الأولوية لما يسميه "الأخبار المروية عن أئمة أهل البيت..."، ونرى أن يتقيد ذلك بما يمليه العقل وماتوجهه المبادئ والنظريات العامة، وأن ترجيح أقوال الأئمة من آل البيت أساسه الثقة في نزاهتهم وصلاحهم، وليس النصوص التي لايذكرها إلا المذاهب الشيعية.

عوده

التي يصدرها أولو الأمر. فالإجماع أساسه –٢٤٦– اتفاق المجتهدين على حكم شرعى متفق مع نصوص القرآن والسنة، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقا مع مبادئ الشريعة العامة وروحها. والقياس أساسه إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص من القرآن أوالسنة، والقوانين واللوائح تصدر من أولى الأمر؛ لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة، وتجب طاعتها –٢٤٧– كلما كانت صادرة على هذا الأساس، وإلا فلاطاعة لها ولا لمن أصدرها.

ويتبين لما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها، وأنهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة، أما بقية المصادر فهى تابعة للقرآن والسنة، وتقوم على نصوصهما. فالقرآن والسنة أصل وبقية المصادر فروع لهما، ولايمكن عقلا أن يكون الفرع مساويا للأصل ولاأقوى منه. وإذن، فمن المحال أن ينسخ القرآن أو السنة إجماع أو قياس(١) أو قانون أو لائحة.

أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضا–٢٤٨–، وقد تنسخها السنة المتواترة؛ لأنها كلها قطعية وفى قوة واحدة.

الصدر تعليق "رقم–٢٤٦–": لايكون الإجماع معتبرا عند فقهاء المذهب الجعفرى مالم يكن كاشفا عن رأى نبى أو إمام معصوم، ولايكون كاشفا إذا خالف الكتاب والسنة فلا يكون معتبرا عندهم.

وأما القياس فلايعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفرى إلا إذا حصل القطع بسببية الحكم الشرعى ولايمكن أن يكون سببا لحصول القطع بالحكم الشرعى مع مخالفته للكتاب أو السنة .

الشاوى رأينا فى "تعليق–٢٤٦–": نعُدّه غلوّا فى إقحام الادعاء بالكشف عن رأى "المعصوم" من أجل إنكار حجية الإجماع، لأن حجيته فى نظرنا أولى من هذه الافتراضات التى قد تثير خلافات وجدلا لانهاية له، وتغنينا عن ذلك الافتراض الذى لا أساس له ولا دليل عليه .

الصدر تعليق "رقم–٢٤٧–": فى زمان خاص كما مر علينا ذلك قريبا .

الصدر تعليق "رقم–٢٤٨–": مر علينا مرارا أن الآية المباركة لاتنسخ إلا بآية متصلة بها معلنة نسخها، فلا نسخ بآية منفصلة ولا بالسنة المتواترة فضلا عن أخبار الآحاد، إذ إن من المنافى للحكمة وجود آية فى القرآن لايعمل بها مع عدم قرينة على ذلك .

الشاوى رأينا فى "تعليق–٢٤٨–": يشير إلى الاتجاه الراجح لدى كثيرين من أن السنة لايمكن القول بأنها ناسخة لحكم قرآنى، سواء كانت متواترة أو آحادا .

---

(١) المستصفى للغزالى جـ١ص١٢٦، فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت جـ ٣ ص٨٤.

عوده ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضا؛ لأنها فى قوة واحدة، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة؛ لأنهما أقوى منها.

ولكن لاينسخ نص قرآنى أو سنة متواترة بسنة غير متواترة؛ لأن الأقوى لاينسخ بما هو أقل منه قوة-٢٤٩-.

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، إذ بوفاته انقطع الوحى، وانقطع ورود النصوص-٢٥٠-، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة؛ لأن باب نسخها أغلق نهائيا، وأصبحت قانونا واحدا يفسر خاصها العام، ويبين مقيدها المطلق؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التى انتهت إليها.

الصدر تعليق "رقم-٢٤٩-": لادليل على هذه القاعدة، وإن كان الحق أن القرآن الكريم لاينسخ بالخبر الواحد كما ذكرناه قريبا من منافاة ذلك للحكمة ولإجماع المسلمين على ذلك.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٤٩-": يحتج بإجماع المسلمين على أن القرآن لاينسخ بخبر الآحاد... مما يدل على عدم تقيده بما قدمه سابقا بشأن عدم حجية الإجماع.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٠-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى أن الأخبار المروية عن أئمة أهل البيت الذين ثبتت إمامتهم وعصمتهم بالأدلة القطعية كأنما رويت عنه (ﷺ) لأنهم ينطقون عن لسانه وقد أمرنا (ﷺ) باتباعهم كما أشرنا إلى ذلك قريبا، ولأنهم عليهم السلام إنما يخبرون من العلم الذى وصلهم من جدهم أمير المؤمنين على (ع) عن جدهم النبى الأعظم (ﷺ). ولقد قال أمير المؤمنين على (ع) : "علمنى رسول الله ألف باب من العلم ينفتح لى من كل باب ألف باب".

ولقد ذكرنا قريبا أن النسخ الحقيقى مستحيل فى أيام حياة النبى (ﷺ) وبعد وفاته، وأن النسخ الظاهرى بالمعنى الذى ذكرناه سابقا: فكما يمكن أن يكون حال حياته يمكن أن يكون بعد وفاته.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٥٠-": ماذكره هو مايختص به المذهب الجعفرى ولايسلم به غيرهم.

(عود٥) ١٩٠ـ حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة : يصعب أن يكون هناك إجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة، لأن الإجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة-٢٥١-. فلا إجماع بلا مستند شرعي(١). وإذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستندا إلى القرآن والسنة، فلا يتصور أن يكون مخالفا لهما، إلا إذا كان إجماعا ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين، وهذا ليس إجماعا شرعيا ولا يترتب عليه أى أثر شرعى، وكل ما يأتى عن طريقه باطل بطلانا مطلقا.

ومن المستبعد أن يكون هناك قياس-٢٥٢- مخالف للقرآن والسنة إذا روعيت شروط القياس؛ لأن أساس القياس أنه يلحق ما لا نص فيه بما فيه نص؛ لاشتراكهما فى علة الحكم، فالحكم الذى يجيء عن طريق القياس هو دائما حكم من أحكام القرآن أو السنة، فإذا فرض أن قياسا ما، جاء بحكم مخالف للقرآن أو السنة، فهو قياس باطل بطلانا مطلقا؛ لأن من الشروط الأساسية فى الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شيء فلا يخرج عليها، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وبروح التشريع (٢).

الصدر تعليق "رقم-٢٥١-": أى يجب أن يكون للمجمعين دليل يستندون إليه.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٢-": لاعتبار بالقياس عند فقهاء المذهب الجعفرى كما مر علينا ذلك، إلا مع حصول العلم بواسطته بالحكم الشرعى، ولايعقل أن يكون سببا للعلم بالحكم الشرعى مع مخالفته للكتاب والسنة.

الشاوى رأينا فى "تعليقى-٢٥١-، -٢٥٢-": يتفق مع فقيهنا فى استبعاد وجود إجماع أو قياس يخالف نصوص الكتاب والسنة – وإن كان التعليل مختلفا فيما يتعلق بالقياس، ولكنه فى نظرنا اختلاف ظاهرى فقط، والمتفق عليه هو أن الإجماع والقياس يستندان إلى مصادر شرعية من الكتاب والسنة، فلايتصور أن يتناقضا مع الكتاب أوالسنة.

---

(١) فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت جـ٢ ص ٢٣٨.
(٢) راجع الفقرات ١١٥، ١٣٠، ١٦٩ – ١٧٥.

التفاوت فى مصادر الأحكام مبدأ أساسى فى شريعتنا؛ وأولوية القرآن ثم السنة قاعدة عامة – لأن ما يُعَدّ قياسا (اجتهادا) أو إجماعا يجب لشرعيته أن يستند إلى مبادئ هذين الأصلين المتصلين بالوحى مباشرة (القرآن) و ضمنا (فى السنة)، ولذلك لا يمكن للاجتهاد أو الإجماع أن ينسخ حكما قرره القرآن الكريم أو السنة.

لكننا أشرنا إلى أن الدور الأساسى للمصدرين الثانويين (الإجماع والاجتهاد) هو تفسير نصوص القرآن والسنة؛ وهذا التفسير لاينقطع الاجتهاد فيه ولا الجدل بشأنه، وهو موضوع من أهم موضوعات الاجتهاد؛ وهو الطريقة الشرعية لفهم النصوص ومعرفة مقاصدها ومضمونها، ولذلك فإنه ماض إلى يوم القيامة.

وفى عصرنا والعصور التالية لايقتصر التفسير على الاستدلال على المعانى من عبارات النصوص وألفاظها وأسباب نزولها وما إلى ذلك؛ بل إنه كثيرا ما يمر بمرحلة التنظير، التى تبدأ باستنباط المبادئ والأصول العامة من النصوص، حتى ولو كانت فى ظاهرها مقررة لأحكام فرعية، لكنها تشير إلى مبادئ علیا يمكننا إذا عددناها قواعد عامة استنباط الأحكام فى إطار هذه المبادئ التى تُعَدّ نظريات عامة تكون منبعا لاينضب ولايتوقف لمزيد من الأحكام الفرعية نواجه بها مشكلات كل عصر ومقتضيات تطور المجتمعات ونمو الحضارات ...

والقاعدة الأولى هى أن كل حكم لا ينسخه إلا نص فى مستوى النص الذى قرره أو أقوى منه. وعلى ذلك، فإن ما قرره القرآن لا ينسخ إلا بنص قرآنى. ولكن النص القرآنى يمكن أن ينسخ ما قررته السنة، لأنه أقوى منها.

بل إن السنة درجات، وكل درجة لا يمكن أن تنسخ إلا بما يعادلها أو أقوى منها، كما هو مبين فى المتن بوضوح.

وقد أشار فقيهنا إلى ما سماه "القوانين واللوائح" التى يصدرها "أولو الأمر"، ونفضل وصفها بالأنظمة لأنها فى درجة أدنى من التشريع الإلهى، ولذلك فإنها لا تستطيع أن تغيره أو تعطله، وتكون باطلة إذا خالفته، لأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق. وهى بذاتها على درجات متفاوتة، وكل درجة منها لا يجوز أن تخالف ما هو أقوى منها – وأقواها هى الدساتير ثم "القوانين العادية" ثم اللوائح .. وكلها تخضع لسيادة الشريعة بجميع أحكامها، فلا يجوز لها أن تعدل فيها، أو تعطل أحكامها أو أن تكون بديلا عنها كما هو حادث اليوم فى كثير من النظم "العصرية" التى تعطل الشريعة وتكتفى بالأنظمة الوضعية.

لذلك أكدنا مرارا على ضرورة التمييز بين الأنظمة وبين التقنينات الشرعية التى تُعَدّ جزءا من أحكام الفقه على مذهب معين أو من مذاهب كثيرة، وتلتزم بالنصوص والمصادر الشرعية.

المبحث الخامس
فى علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

<عو٥د> ١٩١ - حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة، أو متمشية مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، وجبت الطاعة لها—٢٥٣—، وحقت العقوبة على من خالفها. أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة، أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية—٢٥٤—، فهى قوانين ولوائح باطلة بطلانا مطلقا، وليس لأحد أن يطيعها، بل على كل مسلم أن يحاربها. وسنبين فيما يلى أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ - نظرية البطلان فى الشريعة : أساس نظرية البطلان فى الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والنواهى لم تجئ عبثا، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح؛ لأنه وافق أمر الشارع، ومن خالف فقد بطل عمله، لمخالفته أمر الشارع، والله تعالى يقول: ﴿وماأرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله﴾.[النساء:٦٤] . ويقول : ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا﴾ . [الحشر:٧]. ويقول : ﴿ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾ [النساء:٥٩] .

وتنطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد، والجماعات، والحكام والمحكومين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء، فكل عمل أو تصرف جاء موافقا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح،وماجاء مخالفا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها

الصدر تعليق "رقم—٢٥٣—": إذا كانت من حكومة إسلامية يجب إطاعة أحكامها .

الشاوى رأينا فى "تعليق—٢٥٣—": لايكتفى السيد الصدر بما اشترطه فقيهنا من عدم مخالفة النصوص الوضعية للنصوص الشرعية ومبادئها وروحها، بل يضيف لذلك شرطا آخر هو أن تكون "الحكومة" التى أصدرتها حكومة إسلامية، ونحن نؤيد ذلك .

ونحن نعتقد بأن فقيهنا يفترض هذا الشرط، لأنه يبحث فى حكم هذه القوانين من وجهة نظر شريعتنا. فالدولة التى تطبق الشريعة وتلتزم بها هى التى تلتزم بالبطلان الذى يقرره، وهذا كان حال الدول الإسلامية التى تلتزم بالشريعة وسيادتها؛ فكل مخالفة منها لأحكام شريعتنا تستوجب البطلان.
أما الدول "العصرية" التى تتبرأ من الشريعة أو تتنكر لها فوجودها ذاته باطل – فى نظره – وكل مايصدر عنها باطل شرعا، ولامحل للقول بالتفرقة بين مايوافق الشريعة ومايخالفها.

الصدر تعليق "رقم—٢٥٤—": التى يقطع بالاتفاق معها بموافقة الشريعة وبمخالفتها مخالفة الشريعة.

عوده التشريعية-٢٥٥- فهو باطل بطلانا أصليا،ولايترتب عليه أى أثر. ومن ثم، فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهى عبادة باطلة، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا. فالعمل إما أن يكون موافقا للشريعة فهو صحيح، وإما أن يكون مخالفا لها فهو باطل، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء .

والمخالفون -وهم الأحناف- لايخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة، فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلانا مطلقا، ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد، أى فى العقود والتصرفات، فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة، فإذا جاءت على خلافها فهى باطلة بطلانا مطلقا إذا كان الخلل فى أصل العقد أو التصرف، أى : فى ركن من أركانه، أما إذا كان الخلل فى وصف من أوصاف العقد أو التصرف: أى فى شرط خارج عن ماهيته وأركانه، فالعقد أو التصرف يكون فاسدا لا باطلا. والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لايترتب عليه أثر طلقا، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره(١)-٢٥٦-.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٥-": بالمعنى الذى مر علينا قريبا .

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٥٤-،-٢٥٥-": يشترط لوقوع البطلان أن تكون المخالفة للشريعة مقطوعا بها، وهذا شرط بديهى .

الصدر تعليق "رقم-٢٥٦-": الرأى السائد بين المتأخرين من فقهاء المذهب الجعفرى أن النهى إذا تعلق بأمر خارج عن العقد، كما إذا نهى عنه فى زمان خاص احتراما لذلك الزمان أو فى مكان خاص احتراما لذلك المكان، فلا يصبح العقد فى ذلك المكان أو الزمان باطلا، بل يقع صحيحا، وإن عُدَّ معصية للنهى الشرعى عنه. ومثاله المعروف عند الفقهاء النهى عن البيع وقت النداء يوم الجمعة، فإن النهى ليس لأنه يشترط فى البيع وقوعه فى غير وقت النداء وليس لأن فى البيع وقت النداء منقصة بوصفه بيعا، بل لأجل المحافظة على الاجتماع فى صلاة الجمعة وعدم التفرق عنها، فإذا عصى المكلف وباع أو اشترى يوم الجمعة وقت النداء فإنه يعصى النهى لكن بيعه صحيح .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٥٦-": يشير إلى أن الجعفرية يفرقون بين المعاصى الناتجة عن مخالفة شروط صحة العقد، ويترتب عليها بطلانه، وبين المعاصى الخارجة عن نطاق العقد فلا يترتب عليها بطلان العقد، مثل البيع الذى يعقد وقت صلاة الجمعة فهو صحيح لكن من قاموا به قد ارتكبوا معصية. وهذه تفرقة دقيقة لامجال للاعتراض عليها .

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ١ ص ١٨٦، ١٨٧، المستصفى للغزالى جـ١ ص ٩٤، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٩ – ١٠١ .

عوده وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر، أمكننا أن نقول على وجه القطع: إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية، أو خارجة على مبادئها العامة، أو مباينة لروح التشريع الإسلامى. وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقاً لرأى جمهور الفقهاء، وأساسه طبقاً لرأى أبى حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام، أو يمس حقوق الله طبقاً لتعبيرهم، وكل مايتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلاناً مطلقاً إذا جاء مخالفاً للشريعة الإسلامية. فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

إنه استعان بمبادئ "أصول الفقه" عندما توسع فى بحث "مصادر التشريع الجنائى"
– والآن نراه يستعين بمبادئ "أصول الحكم ونظرية الدولة" عندما تصدى لموضوع العلاقة بين أحكام الشريعة ونصوص القوانين "الوضعية" .

وأول ما نلاحظه هو أن هذه مشكلة مستحدثة نتجت عما وصلت إليه "النظم السياسية العصرية" من ممارسة الدول "سلطة التشريع" اعتمادا على النظريات الدستورية والسياسية المستوردة التى تَعُدّ التشريع تعبيرا عن إرادة "الدولة"، وأن سلطاتها النظامية هى التى "تضع" التشريعات وتعطيها قوة تنفيذية .

خلال جميع عصور تاريخها كانت الدول "الإسلامية" لاتدعى لنفسها حق التشريع؛ وبالتالى لم يكن يوجد ما يسمى الآن بالقوانين الوضعية؛ وكانت كل تصرفات "أولى الأمر" من السلاطين أعمالا فردية يمكن للفقهاء أن يقرروا حكمها تطبيقا لمبادئ شريعتنا وأحكامها قياسا على الأحكام المقررة لأعمال الأفراد .

فى عصرنا استحدثت الدول فى كثير من بلادنا نظاما سياسيًا يعترف لها بممارسة "سلطة التشريع" بقوانين تصدرها الدول المختلفة. فالمشكلة العصرية ليست مشكلة تعارض بين قانونين، بل هى أكبر من ذلك لأنها مشكلة "شرعية الدولة وحدود سلطاتها"، وبالتالى قد يترتب عليها القول بعدم مشروعية النظم السياسية "العصرية" إذا أصدرت تشريعات وضعية لاتستمد من مبادئ شريعتنا أو تتعارض مع أحكامها.

صحيح أن الاستيلاء على الولاية بالقوة والغلب فى الدول الإسلامية ظاهرة قديمة منذ انتهى عهد الخلافة الراشدة القائمة على الشورى والبيعة الحرة، وتحولت "الخلافة" على حد تعبير فقهائنا إلى "ملك عضوض" منذ عهد الأمويين؛ لكن هؤلاء الخلفاء أو السلاطين الذين استولوا على السلطة بالقوة والغلب دون التزام بمبدإ الشورى والبيعة الحرة لم يدَّعوا لأنفسهم سلطة التشريع؛ ولم يصدروا "قوانين وضعية"، لذلك قلنا إن القوانين الوضعية ومشكلتها ظاهرة عصرية مستحدثة لم يعرفها فقهاؤنا السالفون .

۞ النص فى الدستور الوضعى على أن الدولة دينها الإسلام معناه أن الشريعة هى دستورنا والقوانين المخالفة لها تكون باطلة لأنها غير دستورية :

وإذا كان فقهاؤنا السابقون قد أجمعوا على "بطلان" كل عمل يخالف شريعتنا، فإن الأعمال التى واجهوها فى عصورهم كانت أعمالا فردية أو على الأكثر قرارات أو تصرفات إدارية؛ ولم يكن لها صفة القانون الوضعى أو التشريع، سواء كان تشريعا جنائيا أو مدنيا أو غير ذلك من أنواع القوانين التى نواجهها الآن، بما فى ذلك ما يدخل فى نطاق "الدساتير الوضعية" فهذه كلها استحدثت فى عصرنا تأثرا بالنظم الأجنبية.

وسنرى إلى أى حد يمكن فى نظرنا الحكم على علاقة الشريعة بالقوانين واللوائح التى تصدرها الدولة "العصرية"، وإلى أى حد يمكن القول ببطلانها قياسا على ما قرره الفقه بالنسبة للأعمال التنفيذية أو القرارات الإدارية أو الفردية التى تصدر عن أصحاب السلطة فى الدولة المخالفة لمبادئ شريعتنا وأحكامها التى تلتزم بها كل سلطة إسلامية.

أشار القاضى الفقيه/ عوده إلى أن القوانين الوضعية فى بلد مسلم "إذا كانت خارجة على نطاق الكتاب والسنة أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية تكون باطلة بطلانا مطلقا؛ وليس لأحد أن يطيعها؛ بل على كل مسلم أن يحاربها"، وعلل ذلك بأن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أيا كانت؛ لأن حق التشريع الوضعى مقيد بأن يكون موافقا لنصوص الشريعة – ولأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق.

وحجته فى ذلك أن الشريعة هى الدستور الأساسى للمسلمين؛ فكل ما يخالف هذا الدستور يكون باطلا؛ بل سنرى فيما بعد أنه قال مؤكدا ذلك: "إن الشريعة بمثابة الدستور الوضعى للأمة ما دامت الدولة إسلامية" لأنها تلتزم بالمبدإ الشرعى العام، وهو "أن أولى الأمر لايملكون حق التشريع، لأن التشريع من حق الله والرسول".

إن مبادئ الإسلام أصبحت بمقتضى هذا النص دستورا وضعيا؛ ومعنى ذلك أن الشريعة هى صاحبة السيادة فى مجتمعنا؛ فكل ما يخرج عن نطاقها يكون غير دستورى طبقا لأحكام الدساتير الوضعية ذاتها .

وقد ترتب على ذلك أنه طبق على القوانين الوضعية فى هذه الدول الأحكام التى قررها فقهاؤنا بالنسبة لتصرفات "ولى الأمر" الشرعى الذى يلتزم بأحكام الشريعة، وقد كان ذلك يغنيه عن إبداء الرأى فى "شرعية" ولاية هذه الدول معتمدا على هذا النص الدستورى الذى يعطيها صفة الدولة الاسلامية – مكتفيا بالبحث فى شرعية "القوانين"

❁ شرعية السلطة التى تصدر القانون الوضعى :

التى تصدرها تلك الدول وتكون مخالفة للقرآن والسنة (كلها أو فى جانب منها فقط)، وذلك على أساس المبدإ المقرر فى الفقه الوضعى ذاته وهو دستورية القوانين الذى يترتب عليه القول ببطلان "القوانين" المخالفة للدستور الوضعى، لأنه عَدَّ أن "الشريعة" هى الدستور الوضعى فى الدول التى ينص دستورها على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام.

ولاشك فى أن هذا الاتجاه يكون أوجب عندما يضاف إلى الدستور نص يجعل مبادئ الشريعة هى المصدر الأساسى للقوانين، كما هو الحال فى الدستور الحالى فى مصر .

وبناء على هذا التصور، سنرى أنه حلّ هذه المشكلة "العصرية" بتطبيق المبدإ المعروف فى "الفقه العصرى" وهو بطلان القوانين المخالفة للدستور – الوضعى ذاته – ومع ذلك فقد أفاض فى تقديم الأدلة الشرعية على بطلان القوانين التى تخالف الشريعة، حتى قدم لنا فيما يلى ستة عشر دليلا من المصادر الشرعية فى البند التالى .

ونحن نرى أن هذه الأدلة العديدة خاصة بالدولة الإسلامية التى تعلن السلطة القائمة فيها التزامها بالشريعة. أما الدول التى تتنكر للشريعة وتتبرأ من الإسلام، فإن البحث يكون موضوعه هو شرعية الدولة ذاتها وواجب الأمة فى مقاومتها وتصحيح هذا الوضع – لا أن نبحث فى واجب القاضى المسلم فى إبطال قوانينها المخالفة للشريعة. ولنا رأى فى ذلك سوف نبينه فى نهاية حاشيتنا على البند 195 فيما بعد، ويتلخص فيما يلى :

1 – أن ذلك يؤدى إلى تخلى القضاة المسلمين عن ولاية القضاء وترك ذلك لغيرهم ممن لايدين لهم ولا ضمير لهم .

2 – أن العلاج الذى يَعُدّه فقيهنا يدور حول تطبيق النصوص التى تفرض الحدود والقصاص، كأن الشريعة تنحصر فى تطبيق هذه العقوبات، وهو ظن غير صحيح .

3 – أنه يعطى للسلطة غير الشرعية الحق فى تطبيق هذه العقوبات، مع أنها فى نظره أحكام شرعية تختص بتطبيقها السلطة الشرعية وحدها .

عوده

١٩٣ـ الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة:

بينا فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان فى الشريعة يقتضى إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية. وسنبين الآن أن هذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن، ونصوص السنة، وإلى الإجماع، وهى مصادر القانون الجنائى فى الشريعة الإسلامية.

فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة فى إبطال كل مايخالف الشريعة، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل مايخالفها، وسنقدم فيما يلى الأدلة على ذلك:

١ – إن الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع مايخالفها، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانونا، وجعل كل مايخرج على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية، محرما تحريما قاطعا على المسلمين بنص القرآن الصريح، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما: إما الاستجابة لله وللرسول واتباع ماجاء به الرسول، وإما اتباع الهوى. فكل مالم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن، وذلك قوله تعالى: ﴿فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هُدًى من الله إن الله لايهدى القوم الظالمين﴾ [سورة القصص: ٥٠].

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لاثالث لهما: أولهما: الحق، وهو الوحى الذى أنزل على رسله، وثانيهما: الهوى، وهو كل ماخالف الوحى، فقال جل شأنه: ﴿ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولاتتّبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب﴾ [سورة ص : ٢٦] .

وقال تعالى موجها الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولاتتبع أهواء الذين لايعلمون * إنهم لن يغنوا عنك من الله شيئا وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولى المتقين﴾ [الجاثية: ١٨، ١٩].

فقسم الأمر بين الشريعة التى جعل رسوله عليها، وأوحى إليه العمل بها، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها، وبين اتباع أهواء الذين لا يعلمون، وأمر بالأول ونهى عن الثانى.

وقال جل شأنه: ﴿اتبعوا ما أُنزل إليكم من ربكم ولاتتبعوا من دونه أولياء قليلا ما تَذَكَّرون﴾ [الأعراف:٣]. فأمر باتباع ماأنزل منه خاصة، ونهى عن اتباع مايخالفه، وبيَّن أن من اتبع غير ماأنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله [1] .

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٣ .

وهكذا قطعت نصوص القرآن فى تحريم كل مايخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمنا، وكل مايخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية، وتهت لها جازما عن العمل بغير الشريعة، وعَدَّت العامل بغير الشريعة متبعا هواه منقادا إلى الضلال، مضلا لغيره ظالما لنفسه ولغيره، كافرا بما أنزل الله. متخذا لنفسه أولياء من دون الله.

٢ – إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله، أو يتحاكم إلى غير ماأنزل الله، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه، وعَدَّ الرضاء بغير حكمه ضلالا بعيدا واتباعا للشيطان، وذلك قوله تعالى: ﴿ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أُنزل إليك وماأنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أُمِروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا﴾ [النساء:٦٠].

فمن يتحاكم إلى غير ماأنزل الله وماجاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه. والطاغوت هو كل ماتجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله، أو يعبدونه من دون الله، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله، أو يطيعونه فيما لايعلمون أنه طاعة الله. فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره، ولا أن يقبل حكما غير حكمه[1].

٣ – إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير مااختاره الله ورسوله، ومن تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلا، وذلك قوله تعالى: ﴿وماكان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾ [الأحزاب:٣٦]. فإذا أمر الله باتباع ماأنزل على رسوله، ونهى عن اتباع غيره، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ماأنزل الله، فإن رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن[2].

٤ – إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأى، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه، فقال: ﴿يأيها الذين آمنوا لاتقدموا بين يدى الله ورسوله واتقوا الله إن الله سميع عليم﴾ [الحجرات:١]. أى لاتقولوا حتى يقول، ولاتأمروا حتى يأمر، ولاتفتوا حتى يفتى، ولاتقطعوا أمرا حتى يكون هو الذى يحكم فيه. وقال: ﴿يأيها الذين آمنوا لاترفعوا أصواتكم فوق صوت النبى ولاتجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لاتشعرون﴾ [الحجرات:٢]. فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سببا لحبوط أعمالهم، فكيف بتقديم آرائهم وعقولهم وأذواقهم وسياستهم ومعارفهم على ماجاء به ورفعها عليه، أليس هذا أولى أن يكون محبطا لأعمالهم؟

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٦.

(٢) نفس المرجع ص ٥٧.

﴿عوده﴾ وقال جل شأنه : ﴿إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه﴾[النور:٦٢]. فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لايذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان ألاّ يذهبوا إلى قول أو فعل، ولا إلى مذهب علمي أو سياسي إلا بعد استئذانه، وإذنه يعرف بعد وفاته بموافقة مايذهبون إليه لما جاء به، فإن وافقه فقد أذن، وإن لم يوافقه – ثم ذهبوا إلى هذا المخالف – فقد انتفى عنهم الإيمان، وحبطت أعمالهم، وخسروا دنياهم وآخرتهم(١).

٥ – إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقا لما أنزل، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافرا، وظالما، وفاسقا، فقال جل شأنه : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾[المائدة:٤٤]. وقال : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة:٤٥]. وقال: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾ [المائدة:٤٧].

ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين، وتركوا الحكم بها بعض ماأنزل الله، فعدَّهم الله بعملهم هذا كفارا وظلمة وفاسقين.

ومن المتفق عليه أيضا بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله، ويترك الحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته، فإنه يصدق عليهم ماقاله الله تعالى كل بحسب حاله. فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعا، ومن لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان في حكمه مضيعا لحق، أو تاركا لعدل، أو مساواة، وإلا فهو فاسق(٢).

٦ – وإذا لم يكن للمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله، أو يقبل حكما غير حكمه، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ماجاء من عند الله وبين مايخالفه، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى، فإن ذلك هو الكفر المبرقع والنفاق السافر. وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق، وأن يعرض عن الداعين إليه؛ لأن الإيمان بالله وبما جاء من عنده يتنافى مع التوفيق بين ماجاء به الرسول وبين مايخالفه، بل الإيمان المحض يقتضي إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ماجاء به الرسول من طريقة، وحقيقة، وعقيدة، وسياسة، ورأي، حتى يكون الحكم خالصا لما جاء من عند الله، وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السفلى، وكلمة الله هى العليا(٣).

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٨.
(٢) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥، روح المعاني للألوسي الجزء السادس ص ١٤٥، تفسير الطبري جـ ٦ ص ١١٩، تفسير القرطبي جـ ٦ ص ١٥٠.
(٣) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٧.

﴾عوده﴿ ذلك هو حكم الله، نزل فى الصادِّين عن سبيل الله، الداعين إلى التوفيق بين ما جاء من عند الله وماخالفه، وذلك هو قوله تعالى: ﴿وإذا قيل لهم تعالَوا إلى ما أَنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدودا * فكيف إذا أصابتهم مصيبة بما قدمت أيديهم ثم جاءوك يحلفون بالله إن أردنا إلا إحسانا وتوفيقا * أولئك الذين يعلم الله مافى قلوبهم فأعرض عنهم وعظهم وقل لهم فى أنفسهم قولا بليغا﴾ [النساء:٦١-٦٣].

٧ - إن الله نفى الإيمان عن العباد، وأقسم بنفسه على ذلك، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير. ولم يكتف فى إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم المجرد، بل اشترط لعَدِّهم مؤمنين أن ينتفى عن صدورهم الحرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه، وأن يسلموا تسليما، وينقادوا للرسول والقيادة، والرسول لايحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه. فالمؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله، وأن يؤمن بأنه أصلح الأحكام وأفضلها، ولو قال الناس إن غيره أصلح له، لأنه لايكون مؤمنا إلا إذا أطاع طاعة تامة، وانقاد القيادة تامّا كاملا لما أمر الله ورسوله، وذلك قوله تعالى: ﴿فلا وربك لايؤمنون حتى يحكِّموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما﴾ [النساء : ٦٥].

يستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئا من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام، سواء رده من جهة الشك فيه-٢٥٧-، أو من جهة ترك القبول،

﴾الصدر﴿ تعليق "رقم-٢٥٧-": إذا كان الشك فى صدور الأمر من الله أو من رسوله فلا يكون ذلك سببا لخروجه عن الإيمان. وكيف يكون سببا لعدم إيمانه، مع أن العلماء كثيرا مايشككون فى صدور بعض الأحكام الشرعية ولايتوهم أحد أن ذلك يكون سببا للحكم بكفرهم ؟

﴾الشاوى﴿ رأينا فى "تعليق-٢٥٧-": فى تعليقات السيد الصدر يضع قيودا على بعض ماصرح به فقيهنا. وهو لايوافق على القول بأن الشك فى صدور حكم معين من الله أو رسوله يجيز الحكم بالكفر على من يشك فى ذلك. ونحن نؤيد هذا التحفظ إذا كان محل الشك ليس من أركان الاسلام.

عوده أو الامتناع عن التسليم. ولقد حكم الصحابة -٢٥٨- بارتداد مانعي الزكاة، لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول -٢٥٩-، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان[1].

٨ – إن كل من يخالف الشريعة محرم على المسلمين، ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أيا كانت، لأن حق الهيئة الحاكمة فى التشريع مقيد بأن يكون التشريع موافقا لنصوص الشريعة، متفقا مع مبادئها العامة وروحها التشريعية. فإن استباحت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها، وأن تصدر قوانين لاتتفق مع الشريعة وتضعها فى موضع التنفيذ، فإن عملها لايحلل هذه القوانين المحرمة، ولايبيح لمسلم أن يتبعها أو يطبقها، أو يحكم بها، أو ينفذها، بل تظل محرمة تحريما قاطعا على كل مسلم ومسلمة، ومن واجب الأفراد لا من حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها، ومن واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها، لأن طاعة أولى الأمر لاتجب لهم استقلالا، وإنما تجب

الصدر تعليق "رقم-٢٥٨-": مر بنا مرارا أن فقهاء المذهب الجعفرى لايرون الإجماع حجة مالم يكشف عن رأى نبى أو إمام معصوم. والإجماع المذكور لما كان بعد النبى (ﷺ) فلا يكون كاشفا عن رأيه (ﷺ). ولما لم يعلم موافقة من علمت عصمته من الأصحاب، وهم أمير المؤمنين على(ع) والزهراء والحسنان (ع)، فلا يكون كاشفا عن رأى معصوم. ويرى فقهاء المذهب الجعفرى أن مانعى الزكاة إن كان للشك فى مشروعيته فلا ريب فى كفر الشاك لأن مشروعية الزكاة مما علم بالضرورة من الدين. وأما إن كان للشك فى استحقاق مدعى الخلافة للمطالبة بالزكاة، فلا يوجب خروجا عن الاسلام، لأن لزوم الدفع إلى شخص معين لم يعلم وجوبه بضرورة من الدين فلا يكون إنكاره موجبا للكفر. والثابت تاريخيا أن مالك بن نويرة إنما امتنع من دفع الزكاة لعدم اعترافه بخلافة أبى بكر لا لشكه فى وجوب الزكاة.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٩-": أى من لم يؤمن بما ثبت عن النبى ضرورة لا من لم يدفع الزكاة إلى شخص معين.

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٥٨-، -٢٥٩-": نؤيد ماقاله السيد الصدر من وجوب التفرقة بين الامتناع عن أداء الزكاة لإنكار وجوبها – مما يعتبر كفرا – والامتناع عن أدائها لشخص معين (خليفة أو سلطانا أو أميرا) لأنه يشكك فى أحقيته بتحصيلها كما حدث من مالك بن نويرة، فهذا ليس كفرا – ولكن هذه الواقعة تاريخية لانستطيع بحث صحتها هنا، ثم إن مالك بن نويرة لم يكن هو وحده مانع الزكاة – إن صح ماننسبه إليه.

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٢١٤، أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٧، ٥٨.

عوده ضمن طاعة الرسول، ولاتجب لهم مطلقة، وإنما تجب فى حدود ما أمر به الله والرسول، وذلك قوله تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾ [النساء:٥٩]. فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله، وإعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالا سواء كان ما أمر به فى القرآن أو لم يكن فيه، لأنه أوتى الكتاب ومثله معه. وحذْف فعل الطاعة عند ذكر أولى الأمر دليل على أن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالا، وإنما هى فى ضمن طاعة الرسول. كذلك فإن تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضى ألاّ يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول فى كل ما يصدر عن ولى الأمر .

فأولو الأمر–٢٦٠– يطاعون تبعا لطاعة الله وطاعة الرسول. وبعد توافر الطاعة لله ورسوله، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة [1] .

٩ – إن السنة بينت حدود الطاعة لأولى الأمر، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق". وقال: "إنما الطاعة فى المعروف". وقال فى ولاة الأمور: "من أمركم منهم بمعصية فلا سمع لهم ولا طاعة". .

الصدر تعليق "رقم–٢٦٠–": إن المراد بأولى الأمر إن كان خصوص أئمة أهل البيت الذين ثبتت عصمتهم فلا يتصور أن يأمروا إلا بطاعة الله، وإن كان المراد من أولى الأمر معنى يشمل كل من ترأس الدولة الإسلامية بحق فلا يستحيل صدور الأمر بالمعصية منه، إلا أنه بمجرد أمره بمعصية الله يسقط عن مقامه فلا يجب إطاعة أمره ولو سلم، فاللازم تقييدها بما دل على أنه لاطاعة لمخلوق فى عصيان الخالق .

الشاوى رأينا فى "تعليق–٢٦٠–": يشير السيد الصدر إلى مايسير عليه الجعفرية من عصمة لآل البيت، ولذلك يرى أنه لايمكن القول بأنهم قد يأمرون بمعصية – فالتحفظ الذى يشير إليه فقيهنا يرى الجعفرية أنه خاص بغيرهم ولايطبق عليهم. ويعلل ذلك بأن من يأمر بمعصية تسقط ولايته ولاتجب طاعته، وهذه النتيجة غير واردة بالنسبة للأئمة المعصومين الاثنى عشر، ونرى أن هذا موضوع مضى أوانه، ولا فائدة من إثارته الآن. ولأن فقه السنة لايعترف بالعصمة لغير الأنبياء والرسل.

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥١، تفسير المنار جـ ٥ ص ١٨٠ ومابعدها .

عوده وفى عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمرا فتقاعسوا عن تنفيذه فجمع حطبا وأشعل نارا، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا لى وتطيعوا ؟ قالوا بلى. قال: فإنى آمركم أن تدخلوا هذه النار. فهموا أن يدخلوها، فلما بلغ ذلك الرسول قال: "لو دخلوها لما خرجوا منها"، أى لخلدوا فى النار فى الدار الآخرة. قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأميرهم وظنا منهم أن ذلك واجب عليهم، ولكن لمّا قصروا فى الاجتهاد وبادروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لايخرجون منها. وإذا كان هذا حال من قصر فى الاجتهاد واشتبه عليه الأمر فلم يتبين منه، فكيف يكون حال من أطاع أمرا مخالفا مخالفة صريحة لما أنزل الله؟[1].

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لاطاعة لأولى الأمر إلا فى حدود ماأنزل الله. فهذا أبو بكر-٢٦١- خليفة رسول الله يقول مخاطبا المسلمين بعد مبايعته : "أطيعونى ماأطعت الله فيكم، فإن عصيت فلا طاعة لى عليكم". فجعل رضى الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله، فإن عمل فى حدود ماأنزل الله وجبت طاعته، وإن خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولا طاعة. وهؤلاء فقهاء هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لاتجب إلا فيما أمر الله، وأن لاطاعة لهم فيما يخالف ذلك.[2] ولاخلاف بينهم قولا أو اعتقادا فى أنه لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق، وأن إباحة المجمع على تحريمه كالزنا والسكر، واستباحة إبطال الحدود، وتعطيل أحكام الشريعة، وشرع مالم يأذن به الله،

الصدر تعليق "رقم-٢٦١-": لايعتمد فقهاء المذهب الجعفرى إلا على كلام من ثبتت عصمته. ولما كان أبو بكر لم يدَّعِ أحد من المسلمين عصمته فلا يعتمد على كلامه، وإن كان لاريب فى ذلك عند المسلمين ومن البديهى كونه ثابتا بالضرورة من الدين .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٦١-": يعترض السيد الصدر على الاستشهاد بما قاله الخليفة الأول أبو بكر الصديق محتجا بأنه ليس بمعصوم ... والجعفرية لايعترفون بالعصمة له ولا لغير آل البيت من الصحابة ... ومع ذلك، فهو يقر بأن ماقاله سيدنا أبو بكر هو أمر ثابت من الدين بالضرورة. ولأبى بكر رضى الله عنه شرف كبير أنه أول من أعلن عدم ادعائه العصمة، وأنه هو وجميع الخلفاء والأمراء بعده لايجوز طاعة أوامرهم إلا فى حدود التزامهم بالكتاب والسنة، ونحن لانعتقد أن أحدا غيره قد ادعى لنفسه العصمة، فهى خاصة بالرسل والأنبياء دون غيرهم.

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤١، شرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٨، المهذب جـ ٢ ص ١٨٩، حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٢٩ .

إنما هو كفر وردة، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أوامره ونواهيه المخالفة للشريعة [1].

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التى بيناها، وإن حقهم فى التشريع قاصر على نوعين من التشريع :
الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية .
والثانى - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجاتها على أساس مبادئ الشريعة العامة. وهذه التشريعات لاتكون إلا فيما سكتت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه الشريعة. ويشترط فى هذه التشريعات قبل كل شىء أن تكون متفقة مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، فهى تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادئ الشريعة العامة، وإذن فهى فى حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية .

١٢ - إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به، بحسبانهم إما خلفاء للرسول وإما نوابا عن الجماعة الإسلامية. فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ما جاء به الرسول؛ لأنهم خلفوه بقصد تنفيذ ما جاء به. وإن كانوا نوابا عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وما تؤمن به، وإلا خرجوا على حدود النيابة،لأن الجماعة لم تقمهم حكاما إلا لإقامة الدين،وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية.فأولى الأمر - أيا كان السند الذى يستندون إليه فى حق التشريع - ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية.

١٣- إن الشريعة الإسلامية هى الدستور الأساسى للمسلمين كما تبين لما سبق، فكل مايوافق هذا الدستور فهو صحيح، وكل ما يخالف هذا الدستور فهو باطل، مهما تغيرت الأزمان وتطورت الآراء فى التشريع؛ لأن الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليعمل بها فى كل زمان وكل مكان، فتطبيقها ليس محدودا بزمن، ولا مقصورا على أشخاص أو أجيال أو أجناس. وهى واجبة التطبيق حتى تلغى أو تنسخ، ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ؛ لأن القاعدة الأساسية فى الشريعة الإسلامية بل وفى القوانين الوضعية الحديثة أن النصوص لاينسخها إلا نصوص فى مثل قوتها أو أقوى منها،

(١) تفسير المنار جـ٦ ص ٣٦٧، أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤، روح المعانى للألوسى جـ ٥ ص ٦٦ ومابعدها .

‹عوده› أى نصوص صادرة من نفس الشارع، أو من هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التى أصدرت النصوص المراد نسخها، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعى على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها. فالنصوص الناسخة إذن يجب أن تكون قرآنا أو سنة حتى يمكن أن تنسخ ما لدينا من قرآن وسنة، وليس بعد الرسول قرآن حيث انقطع الوحى، ولاسنة حيث توفى الرسول. ولايمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية فى درجة القرآن والسنة، أو إن لها من سلطان التشريع ما لله وللرسول. ولكن الذى يمكن أن يقال - وهو الواقع - إن أولى الأمر منا لايملكون حق التشريع، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم، فالتشريع من حق الله والرسول-٢٦٢-، وقد انتهى عهده بوفاة الرسول، واستقر أمره بانقطاع الوحى، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر ، فلهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذا لما شرعه الله ورسوله-٢٦٣-، ولهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها طبقا لما شرعه الله ورسوله. فالله قد تكفل بوضع التشريعات الأصلية وشرع على لسان رسوله نصوصا وأحكاما أساسية، وأوجب على أولى الأمر تنفيذها كما هى، كما أوجب عليهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها على أساسها، ولهم فى سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين، والمراسيم واللوائح والقرارات التى تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية، وإقامة

[الصدر] تعليق "رقم-٢٦٢-": بل من حق الله وحده والرسول (ﷺ) ناقل له .

[الصدر] تعليق "رقم-٢٦٣-": بل لما شرعه الله وبلغه الرسول (ﷺ) فإن الرسول فى جميع الموارد مبلغ عن الله لامشرع .

[الشاوى] رأينا فى "تعليقى-٢٦٢-، -٢٦٣-": يشير السيد الصدر إلى أن الرسول الكريم ﷺ هو مجرد ناقل لما شرعه الله لأن المشرع هو الله وحده .

يرد على ذلك بأن الأصوليين استقروا على أن السنة النبوية هى المصدر الثانى للتشريع - بل أضافوا إليها الإجماع والاجتهاد فكلاهما مصدر للتشريع وإن كان يأتى فى الترتيب بعد السنة - كما أن السنة تلى القرآن فى الترتيب، لكن هذه المصادر الثلاثة لا يجوز أن تخالف مبادئ القرآن ولانصوصه، وهذا هو مانؤيده .

أما فيما لم يرد به نص قرآنى، فلاشك فى أن السنة هى مصدر الأحكام. ويكفى أن نشير إلى كثير من أحكام العبادات مثل توقيت الصلاة، وعدد الركعات، وغير ذلك من أركان هذه الفريضة .

كذلك الأمر بالنسبة للإجماع والاجتهاد، فإن أئمة الفقه قد استنبطوا كثيرا من الأحكام التى لم يرد بشأنها نص قرآنى ولاسنة نبوية ... وعَدُّ عملهم مجرد استنباط، يغنى عن وصف المجتهدين بأنهم مشرعون. ويمكن أن تقبل قوله كذلك بالنسبة للسنة، فهى تستند إلى إقرار الوحى لها، وهذا الإقرار يجعلها "ناقلة" عن الله سبحانه فى نظره .

﴿عودة﴾ الجماعة على أساسها، ولكن ليس لهم بأى حال أن يعطلوا التشريعات الأساسية أو يلغوها؛ لأن ذلك خارج عن سلطانهم ولايتسع له مقدورهم .

وإذا أردنا أن نأتى بتشبيه يقرِّب هذا المعنى إلى أذهاننا، قلنا: إن الشريعة تعد بمثابة القوانين الوضعية، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يُعَدُّ بمثابة اللوائح والقرارات التى تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين. أو قلنا: إن الشريعة تعد بمثابة الدستور الوضعى، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يُعَدُّ بمثابة القوانين الوضعية التى يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه وإلا كانت باطلة .

ونخلص من هذا كله بأن القوانين. واللوائح والقرارات أدنى مرتبة من القرآن والسنة، ولا يمكن أن يتغلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ - إن الدستور المصرى-٢٦٤- ينص على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسى الذى تقوم عليه الدولة هو الإسلام، وأنه المصدر الذى تأخذ عنه، والمرجع الذى تنتهى إليه، والحاكم الذى تأتمر بأمره وتنتهى بنهيه. فوجود هذا النص فى الدستور المصرى، وهو القانون الأولى بالنسبة لغيره من القوانين التى تسنها هيئاتنا التشريعية، يقتضى أن نتقيد بنصوص الشريعة الإسلامية فى قوانيننا، وسياستنا، وتعليمنا، وتنظيمنا الداخلى والخارجى، وفى كل أوجه نشاطنا، فلا نحل إلا ماأحلته الشريعة، ولانحرم إلا ماحرمته، ولانخرج على مبادئ الشريعة وروحها فى تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لانذكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية، وبطلان القوانين المخالفة لها، وإنما نذكره فقط لنبين مايقتضيه، ويستوى عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامى أو ينكره، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية، والعبرة فى هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامى نفسه. وحكم الدين الإسلامى: إنه لاقانون للمسلمين غير الشريعة، وإن الشريعة هى دستورهم وقانونهم الأساسى، وكل مايخالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمى دستورا أو قانونا أو لائحة أو قرارا أو أمرا أو غير ذلك من المسميات، التى لاتعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارجة على مبادئها العامة وروحها.

١٥ - إن نظرية الشريعة الإسلامية فى بطلان كل مايخالف القرآن والسنة، أو بمعنى آخر كل مايخالف التشريعات الأساسية، هى نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية، ولكنها تختلف فى تطبيقها. فأكثر البلاد المتمدينة ترى بطلان كل قانون

الصدر تعليق "رقم-٢٦٤-": وهكذا العراقى .

<عوده> أو لائحة أو قرار جاء مخالفا للدستور، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسى لهذه البلاد، ويجب ألاّ يصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه. ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة، وبأغلبية خاصة لاتشترط فى أى قانون، فالهيئة التى شرعت الدستور أعلى من الهيئات التى تشرع القوانين وغيرها. أما أقلية البلاد المتمدينة، فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين وموادها من القرارات واللوائح والأوامر. فإذا جاء القانون مستوفيا شكله القانونى عُدَّ صحيحا ولو كان مخالفا للدستور، أما اللوائح والقرارات والأوامر فتُعَدّ باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانونى. وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تُعَدّ عندهم فى درجة الدستور، لأن الهيئة التشريعية التى تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطانها واحد، أما الهيئة التى تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهى أقل درجة من الهيئة التى وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل[1].

هذه هى نظرية البطلان فى القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يقيدونها. فإذا طبقناها مطلقة أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل مايخالف الشريعة الإسلامية، سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه؛ لأن الشريعة هى التشريع الأساسى للمسلمين؛ ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعباده المشترعين.

وقبل أن نترك هذه النقطة، يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثا، فعمرها فى القوانين الوضعية أقل من قرن، بينما عرفتها الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثنى عشر قرنا. ويكفى الشريعة فخرا أن يكون أقدم ماهيها هو أحدث مافى القوانين، وأن تكون النظرية التى يهلل لها الناس اليوم ويرون فيها كل الضمان ضد طغيان السلطة التشريعية هى نظرية الشريعة الإسلامية. وإذا كان الناس يجهلون هذا وغيره عن الشريعة الإسلامية، فليس الذنب ذنب الشريعة، وإنما هو ذنب أهلها الذين لايعرفون عنها بعض مايعرفونه عن غيرها.

١٦ – إن استيفاء التشريعات المخالفة للشريعة شكلها القانونى لايمنع من أنها تشريعات باطلة بطلانا مطلقا من ناحية الموضوع، وصحة الشكل لايمكن أن تؤثر على بطلان الموضوع؛ لأن صحة الشكل لاتحيل الحرام حلالا، والباطل صحيحا، ومن ثم يجب على القاضى ألاّ يطبق التشريعات المخالفة للشريعة ولو استوفت شكلها القانونى.

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٩ ومابعدها، الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٥٥٨ ومابعدها، القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٥ .

لقد أجهد نفسه فى عرض الأدلة على أن الشريعة تقضى ببطلان القوانين المخالفة للكتاب والسنة؛ ليصل إلى أن شريعتنا سبقت النظم "الوضعية" العصرية إلى نظرية بطلان القوانين المخالفة للدستور، بحُسبان أن نصوص القرآن والسنة هى فى الحقيقة الدستور الشرعى بالنسبة لأحكام الشريعة ذاتها، كما أنها دستور "وضعى" بالنسبة للقوانين الوضعية.

والأدلة العديدة التى قدمها على بطلان القوانين الوضعية المخالفة للشريعة تبلغ ستة عشر – وهى تستند إلى نصوص قطعية من القرآن وصفت من يخالفون حكم الله بأنهم يتبعون الهوى؛ أو يحكمون الطاغوت؛ وأنهم خرجوا عن الإيمان – بل إنهم كفروا – وبالتالى فإن واجب الأفراد فى نظره هو الإمتناع عن طاعة القوانين التى تفرضها الدولة وتكون مخالفة للأحكام الجنائية الشرعية؛ لأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق؛ ويقع هذا الواجب أولا على من يعملون لحساب الدولة من الأتباع والأعوان والموظفين – بل والقضاة – وهذا هو بيت القصيد الذى سنناقشه ...

ولايكتفى بالنصوص القرآنية – بل إنه يضيف إليها "إجماع الأمة الإسلامية" الذى انعقد بعد وفاة رسولنا الأمين، على أنه لا طاعة لأولى الأمر فى الدولة الاسلامية إلا فى حدود ما أنزل الله ...

* * *

كلمة عارضة

أ – قبل أن نبين رأينا فى المنطق الذى استند إلى هذه الأسباب العديدة وأوصله إلى هذا الحكم القاطع، هناك موضوع عارض– إذ لابد أن نشير إلى ما قاله (فى الدليل التاسع). عند عرضه لما رُوى عن الجنود الذين رفضوا أن يطيعوا أمر قائدهم الذى أشعل نارا وأمرهم أن يلقوا بأنفسهم فيها اعتمادا على أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا .. وأن الرسول الكريم قد أقرهم على رفض طاعة ذلك القائد، قائلا إنهم لو أطاعوه فى هذا الأمر "الجائر الباطل" لبقوا فى النار، يقصد نار جهنم . لأنهم "قصّروا فى الاجتهاد" ولم يعملوا بالمبدإ الشرعى القائل بأنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق؛ وإلقاء أى شخص نفسه فى النار هو معصية ظاهرة لكل من يعرف مبادئ شريعتنا.

ومعنى ذلك أنه يؤيد ما قلناه سابقا من أن الفرد المكلف هو أول من يلتزم بالاجتهاد لاستنباط الأحكام الواضحة لنفسه لكى يلتزم بها ... فى حدود ما لديه من العلم، الذى هو فريضة على كل مسلم ومسلمة ... وأن من أصول شريعتنا أنه لاتوجد سلطة إلا ولها حدود لايجوز أن تتجاوزها.

ب – لقد عرض (فى الدليل رقم 11) المبادئ الشرعية التى تعطى "لأولى الأمر" حق إصدار النظم أو التشريع لضمان تنفيذ نصوص الشريعة بشرط الالتزام بما قررته من أحكام

❁ ولى الأمر التنفيذى لايملك سلطة التشريع، سواء كانت ولايته شرعية أو غير شرعية، لأن أولياء الأمر فى الفقه والتشريع هم أهل الاجتهاد الذين ينوبون عن الأمة فى ذلك :

وتكون نظمهم مشروعة طالما أنها لازمة لتنظيم أمور الجماعة وسد حاجاتها وأنها على أساس مبادئ الشريعة فيما لم يرد به نص شرعى. ثم أضاف لذلك (فى الدليل رقم 12) أن الأمراء أو الرؤساء أو السلاطين حين يتولون التشريع أو التنظيم فى الحدود المشار إليها يقومون به "بحسبانهم خلفاء الرسول، أو نوابا عن الجماعة الإسلامية". وهذا يؤيد ما قدمناه سابقا من أن حق التقنين الشرعى (فى المواد الجنائية وغيرها) إنما تمنحه الشريعة للجماعة أو الأمة، أو نوابها الذين تختارهم لذلك بحرية كاملة... وليس لمن يستولون على السلطة بغير طريق الشورى الحرة، ويعطلون حق الشعوب فى اختيار من يمثلونها فى عملية الاجتهاد وهم أولو الأمر فى نطاق الإجتهاد والتشريع والتقنين فى نظرنا.

والآن نعود لموضوعنا :

نلاحظ قوله بأن أولى الأمر فى دولة إسلامية (أيا كان السند الذى يستندون إليه) ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة، (فى نهاية الدليل رقم 12)، ويشير إلى أنه إنما أورد القواعد المتعلقة بأولى الأمر الشرعيين ليؤكد عدم الاعتراف لهم بحق التقنين إلا على أساس المصادر الشرعية وفى نطاق مبادئ الشريعة مؤكدا أن ذلك يسرى من باب أولى على المغتصبين للسلطة فى الدولة الإسلامية الذين يفرضون سيطرتهم بغير طريق الشورى وبالغلب والقوة دون بيعة حرة – وبذلك يتفادى التعرض للفصل فى مدى شرعية الدولة أو ولاية رئيس الدولة أو أولى الأمر فيها – الذين يتولون التقنين أو التشريع – فى هذا الموضع – وسارع ليؤكد (فى الدليل رقم 13) أن من يسميهم أولياء الأمر "يقصد رؤساء الدول" فى الدولة الإسلامية لايملكون حق التشريع، وإنما لهم حق التقنين أو التنظيم فقط؛ لأن التشريع الإسلامى من حق الله والرسول، هذا إذا كانوا قد تولوا الأمر بطريق شرعى – ومن باب أولى لو كانوا متغلبين أو مغتصبين للسلطة فى دولة إسلامية..

والنتيجة التى يريد أن يصل إليها هى أن كل ما تصدره "الدولة" مما تسميه قوانين أو لوائح أو أوامر أو حتى دساتير وضعية إنما هى مجرد إجراءات تنفيذية – لامشروعية لها فى الإسلام إذا تعارضت مع أصول الشريعة أو مبادئها أو أحكامها؛ لأنها أدنى مرتبة منها.

قدمنا قوله إن الشريعة فى الإسلام هى فى نظره بمثابة الدستور الوضعى؛ بل إنها أعلى مما يسمى الآن بالدساتير "الوضعية".

ويبين أنه يؤكد ذلك بما ورد فى الدستور المصرى من أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام (الدليل رقم 14)؛ ويستدل بذلك على أن كل ما يخالفها (من دساتير أو قوانين أو لوائح أو إجراءات أو أوامر) تكون باطلة ولايجوز تطبيقها أو الخضوع لها.

ولنا رأى فى هذه النتيجة التى توصل إليها نعرضه فى حاشيتنا على البنود التالية.

عوده ١٩٤ـ **مدى بطلان مايخالف الشريعة** : قلنا : إن مايخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا مطلقا، لكن هذا البطلان لاينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشريعة دون غيرها؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة، فلا يمتد البطلان منطقيا لما يوافق الشريعة من النصوص ولو أنها أدمجت فى قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشريعة، وتُعَدّ النصوص الموافقة للشريعة صحيحة مادامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة .

وإذا كان البطلان قاصرا على النصوص المخالفة للشريعة، فإن هذه النصوص لاتُعَدّ باطلة فى كل حالة، وإنما هى باطلة فقط فى الحالات التى تخالف فيها الشريعة، صحيحة فى الحالات التى تتفق فيها مع الشريعة، وليس هذا بمستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها، إذ العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد فى بعض الحالات وصحته فى بعض الحالات الأخرى، جريمة الزنا، فعقوبتها فى الشريعة رجم الزانى المحصن، وجلد الزانى غير المحصن. والزنا شرعا هو إدخال الحشفة أو مقدارها فى الفرج، فما كان دون ذلك فلا حد فيه، وإنما فيه التعزير. فالشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسة كل ذلك لايعاقب عليه بعقوبة الحد: وهى الرجم والجلد. والفعل التام لايعاقب عليه فى بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درئ الحد للشبهة أو كان الجانى صغير السن. وعلى هذا فالجرائم التامة التى يجب فيها الحد لايجوز أن تطبق عليها نصوص القانون، لأنها تخالف حكم الشريعة، وتعاقب بعقوبة غير عقوبتى الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة. أما الجرائم التامة التى درئ فيها الحد، والجرائم غير التامة، فالعقوبة عليها هى عقوبة التعزير طبقا للشريعة. والتعزير من العقوبات التى تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية. ولما كان قانون العقوبات صادرا عن هذه الهيئات–٢٦٥–، فإن عقوباته تعد تعزيرا عن الأفعال

الصدر تعليق "رقم–٢٦٥–": الهيئة التشريعية المعترف بها إسلاميا بنظر فقهاء المذهب الجعفرى هى التى تجتمع فيها الشروط المقررة فى الإسلام وتنتخب من الأمة، وعملها استخراج الاحكام من الشريعة الإسلامية . والهيئات التى وضعت القوانين فى البلاد العربية كلها لم تتصف بالأوصاف المذكورة، فهى ليست من الهيئات التى أوكلت عقوبة التعزير إليها، بل ظاهر بعض النصوص أن التعزير أوكل إلى الحاكم لا إلى الهيئة التشريعية أيا كانت فلا تكون أحكامها لازمة الاتباع وإن لم تخالف الإسلام إذ لا سلطة لها على ذلك. وكذا الكلام فى عقوبتى السرقة والقذف .

الشاوى رأينا فى "تعليق–٢٦٥– ": يؤيد فيه السيد الصدر ماقلناه دائما من أن استعمال اصطلاح "الهيئة التشريعية أو السلطة التشريعية" الرائج فى الفقه الوضعى لامحل له فى الفقه الإسلامى–وقد=

<عوده> التى لا يعاقب عليها بعقوبة الحد، أى بأى عقوبة مقدرة، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة فى كل حالة يجب فيها الحد صحيحة فى كل حالة تستوجب التعزير. والسرقة العادية عقوبتها القطع فى الشريعة، وعقوبتها الحبس فى القانون، ولكن حد القطع لايجب إلا فى سرقة تامة توافرت فيها شروط الحد. فإذا لم تكن السرقة تامة، أو لم تتوافر فيها شروط الحد فالعقوبة هى التعزير. والعقوبة المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبة تعزيرية، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة فى كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع، وصحيحة فى كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير. والقذف فى الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة، ولكن القذف المعاقب عليه بعقوبة الحد هو الرمى بالزنا أو نفى النسب، وماعدا ذلك لايُعَدُّ قذفا وإنما يُعَدُّ سبا وعقوبته التعزير. ولما كانت الأجزية فى قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعد باطلة فى كل قذف تعاقب عليه الشريعة بعقوبة الحد، وتعد صحيحة فى كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بعقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لاتمنع القاذف من إثبات ماقذف به بينما القوانين تمنع ذلك[1].

= توصل فقيهنا القاضى الشهيد عوده إلى القول بأن التشريع الجنائى الوضعى يمكن عَدُّه تعزيرات شرعية إذا كان خارج نطاق العقوبات المقررة (حدا أو قصاصا) ولم يتعارض معها فى نظره.

إن هذا القول يريح ضمائر قضاتنا الإسلاميين الذين يطبقون التشريعات الجنائية الوضعية حاليا، لكنه فى نظرنا يؤدى إلى تضييق نطاق التشريع الجنائى الإسلامى ليصبح مقصورا على أحكام الحدود والقصاص، ولذلك لانوافق عليه لأن التعازير الشرعية مرتبطة عضويا بالمعاصى الشرعية – وبالأحكام التكليفية فى شريعتنا، فلا يمكن تجاوز ذلك ولايجوز الاكتفاء بالنصوص الوضعية المستوردة التى لايلتزم واضعوها بمبادئ شريعتنا فى التكليف والتحريم ويكتفون بنقلها من الفقه الأجنبى. ونحن لانوافق ماجرى عليه بعضنا فى القول بتصحيحها بحجة أنها لاتتعارض مع العقوبات المقررة بنصوص شرعية، حدّا أو قصاصا كما يقول فقيهنا الشهيد عوده هنا.

إننا نؤيد ماقاله السيد الصدر بأن التشريع فى نطاق التعزير هو مهمة أهل الاجتهاد الذين قال عنهم إنهم تتوافر فيهم الشروط المقررة فى الإسلام ويختارون من الأمة ويلتزمون بالأصول والمصادر الشرعية.

كما نؤيد قوله بأن ماقاله فقيهنا وأمثاله عن "الهيئات التشريعية" الوضعية التى لاتتوافر فيها شروط الاجتهاد – لايجوز أن يؤدى الاعتراف بولاية التشريع إلى الأمراء والسلاطين والرؤساء الذين يتبرءون من الشريعة ويعلنون أن التشريع حق "للدولة" التى يدعون تمثيلها وقاموا بالاستيلاء عليها بالقوة والغلب ... دون التزام بالشورى والبيعة الحرة التى فرضها الإسلام.

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ – إثبات القذف حق للقاذف، وقانون العقوبات المصرى لايبيح الحقوق الشرعية طبقا للمادة السابقة منه.

اعتبار النصوص المخالفة للشريعة باطلة بطلانا مطلقا نتائج مهمة نبينها فيما يلي :

أولا – من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : يجب على القاضى ألا يطبق النصوص القانونية الباطلة فى حالات البطلان، وعليه أن يطبقها فى حالات الصحة. وليس للقاضى أن يحتج "بأن" القوانين لاتخوله حق الفصل فى صحتها وبطلانها مرتكنا فى ذلك إلى نفس هذه القوانين، فإن سلطة القاضى فى إبطال مايخالف الشريعة من تأتى من الشريعة لامن القوانين المخالفة لها .

ويستوى أن يحكم القاضى ببطلان النص المخالف، أو يكتفى بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه؛ لأن القاضى لابد أن يبين فى حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان، وهذا البيان يساوى تماما الحكم بالبطلان ولو جاء فى أسباب الحكم فقط ولم يدخل فى منطوقه، لأنه سبب جوهرى.والأسباب الجوهرية تعد جزءا من منطوق الحكم.

وليس للقاضى أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة، أو بحجة أنه مكلف طبقا للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يبرئ المتهم. ليس للقاضى ذلك؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التى قررتها. فإذا أخذنا بحكم الشريعة فى بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشريعة فى عقوبة الواقعة، فيجب إذن ألاّ يحكم القاضى بالبراءة، وأن يحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة الإسلامية مادام مختصا بنظر الجريمة .

وإذا اقتنع القاضى ببطلان النصوص المخالفة للشريعة وجب عليه أن يطبق حكم الشريعة، وليس يهمه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لاينفذ مادام قد أدى واجبه وفعل مايعتقده حقا، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه، بل هو من اختصاص السلطة التنفيذية، وهى ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ. فإذا أصبح حكم القاضى نهائيا اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه .

ثانيا : من وجهة الاختصاص : وليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه؛ لأنه مختص بنظرها طبقا لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية، ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص. ولاعبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود، فإن القضاء فى الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان، ولولى الأمر طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد فى القوانين .

عوده — وإذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائما أصلا على أساس جسامة العقوبة، إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التى تختص بها كل محكمة. ومادامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئا عن عقوبات الشريعة، فلننظر إلى الجريمة ذاتها، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية عَدَّ القاضى نفسه مختصا-٢٦٦- وحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة بدلا من العقوبة التى جاء بها القانون ولاتقرها الشريعة، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه .

وعلى هذا، يكون القاضى الجزئى مختصّا بنظر قضايا السرقة العادية، والقذف، والشرب. أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد، والسرقة التى ترتكب فى الطريق العام، وهى مايسمى فى الشريعة بقطع الطريق أو الحرابة، فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين . أولهما : أن الفعل المكون للجريمة جعل بنص القانون من اختصاص محاكم الجنايات : وثانيهما : أن الشريعة نصت على القتل عقوبة فى هذه الجريمة، والقتل عقوبة لايحاكم بها إلا محاكم الجنايات طبقا للقانون-٢٦٧- .

أما جريمة الزنا، فإن كانت من غير محصنين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما، فإن كان القانون قد جعله من اختصاص محكمة الجنح حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة، وإن كان قد جعله من اختصاص محاكم الجنايات حوكم المتهمان أمامها. ويمكن القول بأنه لاداعى لاختصاص محاكم الجنايات فى الزنا من غير محصنين؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التى توقعها محكمة الجنح، فإذا كان الفعل لايعاقب عليه فى الشريعة إلا بعقوبة واحدة هى الجلد، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هى المختصة، مادامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا فى بعض الصور.

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هى الرجم أى القتل بطريق معين، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات، وليس من اختصاص القاضى الجزئى. وإذا كان أحد الزانيين غير محصن ،

الصدر — تعليق "رقم-٢٦٦-": إذا كان فيه أهلية القضاء وكانت الجهة التى عينت له الاختصاص معترفا بها شرعا .

الصدر — تعليق "رقم-٢٦٧-": إذا كانت الهيئة التى سنته معترفا بها شرعا، وإلا فلا يتبع القانون فى كل مايشتمل عليه ولا يتبع فى تعيينه اختصاص المحاكم، بل لأى قاض تجتمع فيه الشرائط أن ينظر فى جميعها.

الشاوى — رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٦٦-،-٢٦٧-": إننا نرى أن المعلق الشيعى على حق فى أنه لايجوز تجاهل الشروط التى وضعها الفقه لأهلية القضاء، بل وشرعية الجهة التى تعطيه ولاية القضاء وتحدد اختصاص المحاكم المختلفة ... لأن كل ماتقرره القوانين الوضعية حاليا لايراعى فيه تلك المبادئ الشرعية، ولذلك يكون عَدُّها تعازير شرعية فيه تجاوز لانقره .

عود ٥ فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضا؛ لأن فعل الزنا لايمكن تجزئته، ووحدة الفعل المنسوب للزانين تقتضى أن يحاكما عليه أمام محكمة واحدة؛ ولأن القاضى الجزئى لايملك عقاب الزانى المحصن، وإن كان له أن يعاقب الزانى غير المحصن. أما محكمة الجنايات، فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل.

ثالثا : من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترتب على الأخذ بنظرية البطلان ألا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية أو مدنية، أو تجارية أو دولية..إلخ، إلا الأحكام التى تتفق مع نصوص الشريعة، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة، أو الأحكام التى تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، إذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة. أما الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهمالا تاما، ويحل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التى تنسجم مع نصوص القوانين الصحيحة.

ولايشترط -٢٦٨- لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين فى الشريعة كالمذهب الحنفى مثلا أو المالكى، بل يكفى لعَدِّ حكم القانون صحيحا أن يكون موافقا لرأى أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة، إذ إن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعى يُعَدُّ أخذا بالمذهب المتفق مع هذا الحكم.

وإذا كان بعض الحكم متفقا مع الشريعة وبعضه مخالفا لها فالمخالف باطل، ويحل محله حكم الشريعة الذى ينسجم مع بقية الحكم الذى لم يبطل دون حاجة للتقيد بمذهب شرعى معين -٢٦٩- .

وعلى هذا الأساس يمتنع التنافر بين النصوص، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية. على أن هذا لايمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التى تتفق مع حالتنا الاجتماعية -٢٧٠-، وتعديل القوانين تعديلا شاملا على أساس هذه النظريات.

رابعا : م: يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم فى الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح ن وجهة تطبيق الشريعة وقرارات جديدة .

المصدر تعليق "رقم-٢٦٨-": لايصلح للقاضى أن يحكم إلا على وفق فتواه إن كان مجتهدا أو فتوى من يرجع إليه فى التقليد إذا لم يكن مجتهدا. فكل قانون يكون مخالفا لرأيه يكون باطلا بنظره إلا أن يكون موافقا للمذهب الذى تلتزم الدولة الإسلامية باتباعه.

المصدر تعليق "رقم-٢٦٩-": مر علينا الكلام فى ذلك قريبا فراجع .

المصدر تعليق "رقم-٢٧٠-": إذا كانت موافقة لرأيه أو لرأى يرى حجته .

يهمنا هنا كلامه عن حكم القوانين الوضعية فى المواد الجنائية وخاصة فيما يتعلق بتعطيل عقوبات الحدود والقصاص، أو الاكتفاء بعقوبات يمكن أن تُعَدَّ تعزيرية. فهو يرى أن النصوص الوضعية التي تعاقب على بعض الجرائم بعقوبات غير تلك المحددة لها بالنصوص الشرعية (حدا أو قصاصا) تُعَدّ باطلة؛ لأنها فى نظره تعطل الحدود أو القصاص، وهو فى هذا منطقى مع الاتجاه الذى سار عليه من قبل وهو الفصل التام بين أحكام هذه الجرائم وبين أحكام جرائم التعزير.

وقد سبق لنا أن انتقدنا هذا الرأى وخالفناه، وقلنا إن ما أورده من أقوال الفقهاء يدل على أن عقوبة التعزير عامة فى جميع الجرائم، وأن القصاص أو العقوبة الحدية ليست إلا الحد الأقصى للعقوبة الذى يجب الحكم به عند توافر شروط أو ظروف معينة مشددة للعقوبة؛ وأنه فى حالة عدم وجود هذا الظرف المشدد أو عند تعذر الحكم بهذه العقوبة القصوى بسبب من الأسباب، فإنه يجب على القاضى أن يحكم بعقوبة تعزيرية لأنها هى الأصل؛ فعقوبات التعازير ليست غريبة على هذه الجرائم وليست مستبعدة منها بدليل أن بعض الأئمة أجاز أن يضاف التعزير إلى العقوبة المقررة، ولذلك فإن تطبيق هذه القوانين بمعرفة القاضى لايكون فى نظرنا أخطر من جانبه ولابالاطلاق فى ذاته فى حالة وجود مانع من تطبيق عقوبة الحد أوالقصاص – والمانع فى هذه الحالة هو ممارسة الدولة سلطة تخصيص القضاء وصدور أمرها بحرمان القضاة من الحكم بالعقوبة المقررة حدا أو قصاصا.

فى مثل هذه الأحوال، فإن الخطأ هو تعطيل عقوبة الحد الأقصى بدون مبرر شرعى؛ والذى قرر هذا التعطيل ليس هو القاضى، وإنما هى سلطات الدولة التي تخصص القضاء وفرضت على القاضى الاكتفاء بالعقوبة التعزيرية؛ و نرى أنه فى هذه الحال لامفر من التزامه بتطبيق هذا النص احتراما لمبدإ تخصص القضاء. وإذا كان هناك خطأ أو عيب فى هذا الوضع فهو يقع على عاتق سلطة الدولة التي تعطل الحد أو القصاص وليس على القاضى الذى يحكم بمقتضى النص الوضعى بعقوبة يَعُدُّها فقهيا تعزيرية.

إن الفقيه الشهيد كان قاضيا فى المحاكم المصرية، وكان مثل كثيرين غيره يشعر بحرج إزاء تطبيق القوانين الجنائية التي تفرض عقوبات يمكن عَدُّها تعزيرية فقط من باب التجوز فى جرائم الحدود أو القصاص؛ وكان هذا الحرج أول الأسباب التي دعته للاستقالة ليتفرغ للدعوة والتأليف. لكن كثيرين غيره بقوا فى سلك القضاء، وطبقوا هذه الأحكام الوضعية، وما يزال منهم كثيرون للآن؛ وكان منهم صديقنا الراحل المرشد العام الثانى للإخوان المسلمين المستشار حسن الهضيبى، الذى عمل بالقضاء حتى وصل إلى أعلى درجاته قبل اختياره مرشدا للإخوان المسلمين.

❁ لانوافق على قوله إن القاضى يلتزم بعدم تطبيق التشريع الجنائى الوضعى :

وإنصافا لهؤلاء، فإننا يجب أن نذكر أنهم كانوا على حق عندما التزموا بتطبيق تلك التعازير برغم أن إلزامهم بها كان يؤدى إلى عدم تطبيق عقوبة الحد أو القصاص المقررة لها فى الشريعة فى أحوال استثنائية وبشروط عديدة؛ وذلك لأنهم ليسوا هم الذين قرروا تعطيل تلك العقوبات الحدية، وهذا التعطيل لايمنع من تطبيق العقوبات التعزيرية بل يوجب ذلك لأننا قلنا إن التعازير عامة على جميع الجرائم بما فى ذلك جرائم الحدود والقصاص والدية. إن تعطيل الحد أو القصاص فى نظرنا باستعمال سلطة تخصيص القضاة موجب للتعزير طالما أن الجريمة ثابتة لأن الأصل هو تطبيق عقوبة التعازير دائما كلما تعذر الحكم بعقوبة الحد أو القصاص لأى سبب من الأسباب، وبالتالى فإننا لانذهب إلى حد القول ببطلان هذه النصوص؛ وإنما نرى أن هناك خطأ من جانب المشرع الوضعى،[1] وهذا الخطأ يجعل القاضى ملزما بتطبيق عقوبة تعزيرية .

* * *

إنه تحمس لتطبيق مبدإ البطلان على أوامر رؤساء الدول الذين يمنعون القضاة من تطبيق الحدود – ورأى أن من واجب القاضى المسلم أن يرفض هذا الأمر الباطل لأنه مخالف للشريعة التى هى قمة النظام الدستورى بحسبان أن تلك الدولة إسلامية، لكنه فى ذروة هذه الحماسة نسى أن هناك مبادئ عامة ونظريات عديدة لا بد من إعمالها، وسوف نرى أنها قد تؤدى إلى غير النتائج التى توصل إليها.

أولى هذه النظريات التى أقرها الفقه هى حق "الدولة" فى تخصيص القضاة الذين تعينهم بأن تحدد لكل منهم اختصاصه بالنطاق المكانى أى بالاقليم الذى يتولى القضاء فيه ولا يتجاوز حدوده – وكذلك اختصاصه بنوع من القضايا ونوع العقوبات التى يختص بها دون غيرها؛ فإذا عين للفصل فى قضايا الأحوال الشخصية لم يكن له الحق فى أن يفصل فى الجنايات أو المعاملات المدنية. بل ولها كذلك أن تعين له نوع الجرائم التى يختص بها والعقوبات المقررة لها، فإذا عين للفصل فى قضايا الجنح التى لا تتجاوز عقوبتها الحبس ثلاث سنوات لم يكن له أن يفصل فى غيرها ولا أن يحكم بما هو أكثر من تلك العقوبات أو يختلف عنها .

---

(1) نشير إلى ما قاله الشهيد عودة فى البند (199) من أن المشرعين الوضعيين فى بعض البلاد قد تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالا تاما فى القوانين الجنائية الوضعية: "وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم (التى لاتُجيز لهم التدخل فى سلطة التشريع)، وهذا الخروج إذا كان لايؤدى إلى بطلان كل عملهم؛ فإنه يؤدى إلى بطلان ما يصدر عنهم مخالفا للشريعة...".

❁ المسئولون فى الدولة هم الذين عطلوا الحدود، وليس القاضى الذى خصصته للحكم فى التعازير وحدها :

وفى حالتنا هذه نرى "الدولة" قد عينت قضاتها للحكم فى التعازير، ولم تمنحهم ولاية الفصل فى القصاص أو الحدود. وعلى ذلك، فإن ولايتهم تكون فى هذا النطاق وحده – متى قبلوا هذه الولاية – وليس لهم الحق فى أن يتجاوزوا العقوبات التعزيرية أو يحكموا بغيرها، بحجة أن الجريمة المعروضة عليهم عقوبتها الشرعية هى القصاص أو الحد الذى قرره القرآن الكريم. إنه لا حق للقاضى فى ذلك، لأنه ملتزم بما قررته "الدولة" التى عينته والتى من حقها حسب الفقه أن تحدد له نطاق ولايته وتمنعه من تجاوزها.

فكيف نقبل من فقيهنا أن ينصحه بالحكم بعقوبة الحد أو القصاص، لأن القرآن فرض ذلك؟ وهذا هو أمر الخالق وعليك أن تنفذه وترفض تنفيذ أمر "المخلوق" الذى عينك، أى أنه يطلب منه تجاوز حدود ولايته التى حددتها له الدولة بمقتضى حقها فى "تخصيص القضاء".

لقد أفاض فى بداية البند –195– فى الكلام عن الاختصاص، وأن ولى الأمر له طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى، وأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص. ونحن نعتقد أن بعض النتائج التى توصل إليها تؤدى إلى تجاهل قواعد الاختصاص والمبدإ الشرعى الذى أشار له، وهو أن القضاء فى الشريعة يتخصص بالزمان والمكان والموضوع.

* * *

إننا لانحسب أن هناك أى خطأ من جانب القاضى إذا لم يعمل برأى فقيهنا فى تجاهل حدود اختصاصه، لأنه ليس هو المسئول عن تعطيل عقوبات الحد أو القصاص فى تلك الأحوال؛وإذا كان هناك خطأ فهو من جانب سلطات الدولة التى وضعت تلك النصوص واقتصرت فيها على عقوبات معينة؛ لذلك لانذهب إلى حد القول بأن القاضى يجب عليه تجاهل تلك العقوبات ولا أن يحكم بغيرها كما قرر مرارا.

* * *

هناك نظرية أخرى يجب ألا ننساها – يمكن أن يحتج بها المدافعون عن عمل هذه الدول الصغيرة ذات الولاية المحدودة، وإن كان المسئولون عنها يتفادون الاعتراف بذلك أمام الناس، وإن اعترفوا بها أمام ضمائرهم وفى مجالسهم الخاصة.

هذه هى نظرية الضرورة أو الاضطرار.

الضرورة الناتجة عن سيطرة القوى الأجنبية يحتج بها بعض أولياء الأمر فى دولنا الصغيرة:

إن من واجبنا كفقهاء أو علماء أن نعلن الخطأ الذى ترتكبه سلطات الدولة التى تعطل الحدود، وندين هذا الانحراف ونحدد المسئولين عنه، ومدى مسئوليتهم. وهنا لابد أن نلاحظ أنه فى بعض الأحيان ليس ناتجا عن ضعف فى العقيدة أو عدم الالتزام بأحكام الشريعة، بل إن بعض المسئولين فى تلك الدول القطرية المعاصرة الذين تقع عليهم مسئولية التشريع الوضعى يَعُدُّون أنفسهم مضطرين لهذا المسلك لأن هناك ضغوطا أجنبية تضطرهم لذلك ويعتقدون أنهم لا يستطيعون مقاومتها – ولذلك يمكن لهم فى نظرهم أن يحتجوا بوجود حالة ضرورة تبيح لهم المحظورات فى نظرهم ونظر من يفتون لهم .

وهذا يُعَدّ اعترافا من هؤلاء الحكام بأن ولايتهم محدودة وسلطتهم فى تطبيق العقوبات المقدرة شرعا معطلة بفعل قوى أجنبية فرضت عليهم ذلك .

صحيح أن هؤلاء المسئولين لايصرحون بذلك علنا خشية أن يسىء ذلك إلى صورهم كملوك أو رؤساء أمام الجماهير المسلمة التى تطالب دولها والمسئولين فيها بموقف بطولى شجاع فى رفض الضغوط الأجنبية فى هذا المجال وغيره من المجالات؛ لكننى أعلم أن كثيرين منهم يدافعون عن هذا المسلك أمام ضمائرهم وأمام أصدقائهم بوجود حالة الضرورة أو الاضطرار، ولايحسبون أنهم خالفوا أمر الله ورسوله ولا يدَّعون أنهم غير ملزمين بأحكام الشريعة بل يعلنون تقديسهم لها لكنهم معذورون فيما قرروه[1] .

ونظرية ثالثة يمكن الحديث عنها فى هذا الصدد – وهى نظرية "السلطة الفعلية" أو "الولاية المفروضة الواقعية".

---

(1) ذكرت فى كتابى"سيادة الشريعة الإسلامية فى مصر"أن الدول الأجنبية حاولت فى مفاوضات "مونترو" فرض نص يلزم مصر بعدم تطبيق الشريعة الإسلامية ولكن المفاوضين المصريين رفضوا ذلك، وأقنعوا الطرف الآخر وهو الدول صاحبة الامتيازات بالاكتفاء بخطاب ملحق موقع عليه من رئيس وفد مصر بأن حكومتها لاتنوى فرض أحكام تخالف ما يسمى المبادئ المعمول بها فى القوانين "العصرية" .. وتركوا بذلك المجال مفتوحا للمناقشة فيما يُعَدُّ مخالفا أو غير مخالف لهذه المبادئ – ولاشك لى أن بعض الدول الكبرى ما زالت حتى الآن تعلن معارضتها لتقنين الشريعة أو تنفيذ بعض أحكامها وخاصة فى مجال الحدود أو القصاص .. زاعمين أن ذلك مما يَعُدُّونه هم مخالفا للمبادئ العصرية التى يعطون لأنفسهم وحدهم الحق فى احتكار تحديدها وإلزام غيرهم بها .. ولديهم القوة والنفوذ اللازم لذلك،ويزعمون أن العقوبات البدنية فى الحدود تخالف مبادئهم "العصرية" التى يصرون على فرضها علينا كأننا تابعون لهم .

❁ كثير من الفقهاء قبلوا ولاية القضاء من سلاطين وأمراء مشكوك فى صحة ولايتهم، وعَدُّوا أن ذلك أخف الضررين :

لقد تولى الخلافة فى الدول الإسلامية الكبرى من استولوا على السلطة بغير الطريق الشرعى، وهو طريق الشورى والبيعة الحرة، وفرضوا على الناس الخضوع لسلطانهم بحد السيف فضلاً عن التهديد والتخويف، وكان فى مجتمعنا كثير من العلماء والفقهاء بل والأئمة الذين عاصروهم. وإزاء هذا الوضع فقد اختلفت اجتهاداتهم ومواقفهم :

أ – فذوو العزم والثبات رفضوا ولاية القضاء بأمر هؤلاء الخلفاء أو السلاطين أو الأمراء، لأنهم عَدُّوا ولايتهم غير شرعية وأن قبول ولاية القضاء بأمرهم وشروطهم قد يفسره العامة على أنه اعتراف بشرعية ولايتهم التى يعرفون أنها غير شرعية وغير صحيحة.

والتاريخ يحفظ لنا أسماء الأئمة الأعلام الذين رفضوا ولاية القضاء فى تلك الظروف، وتحملوا فى سبيل ذلك كل أساليب الاضطهاد والإيذاء. وأسماؤهم معروفة ... ويكفى أنه كان منهم الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان الذى رفض تولى القضاء، ورغم ذلك فإن أكبر تلاميذه وأشهرهم أبو يوسف قد قبل ما لم يقبله أستاذه وتولى القضاء ...

صحيح أن أبا يوسف وأمثاله من أسلافنا الذين تولوا القضاء فى دول الخلافة كانوا يطبقون أحكام الشريعة بخلاف قضاة اليوم الذين يلتزمون بتطبيق القوانين الوضعية، لذلك قلنا إن مشكلتنا الآن عصرية لم تعرف من قبل .

* * *

وإذا كنا حاولنا عرض حجة بعض "ولاة الأمر التنفيذى" الذين يحتجون أمام ضمائرهم بالضرورات الناتجة عن "التحذيرات" الأجنبية، فإن الإنصاف أوجب علينا بالنسبة لمن يتولون القضاء ويطبقون "القوانين الوضعية" التى تتجاهل الحدود والقصاص – فى العصر الحاضر – وذلك لأنهم ليسوا مبتدعين فى ذلك، فقد سار على هذا النهج قبلهم فقهاء من أسلافنا ليسوا موضع شك فى علمهم ونزاهتهم، ممن قبلوا تولى منصب القضاء بقرارات السلاطين والخلفاء المعروف عنهم تعطيل الشورى وهى من أهم أصول شريعتنا؛ باستيلائهم على السلطة بالقوة والغلب والقهر... ونحن نعتقد أن ضمائرهم كانت مستريحة لأن الواقع كان يفرض عليهم ذلك فى نظرهم، لأن رفض منصب القضاء من جانبهم كان يترتب عليه ترك الساحة لمن هم أقل منهم علما والتزاما بمبادئ الشرع. لهذا كله فإننا لانوافقه على النتيجة التى توصل إليها من دعوة القاضى الذى يؤمن بالشريعة إلى أن يرفض منصب القضاء أو يرفض تطبيق الأحكام التى تقرها القوانين الوضعية؛ لأن هذا "الموقف البطولى" الذى يدعوهم إليه يتجاهل قاعدة شرعية هى تخصيص القضاء بما يلزمهم به من عينوهم – وأكثر من ذلك سوف يترتب عليه خروجهم من ساحة العدالة ليمرح فيها من هم أقل منهم إيمانا وعلما ونزاهة ...

إننا نرى ففقهاء كثيرين، بل أئمة قبلوا ولاية القضاء فى المالى والتزموا بالشروط التى فرضها هؤلاء الخلفاء أو السلاطين المغتصبون للولاية، بل وقرروا لنا ذلك المبدأ الشهير الذى أشرنا إليه من قبل، وهو حق الدولة التى تعين القاضى فى تخصيص القضاء، ولو كانت دولة غير شرعية أو ظالمة ... ما دامت ذات سلطة واقعية أو فعلية ...

وهؤلاء الأئمة أو الفقهاء الذين قبلوا تولى القضاء كانوا يرون ذلك أخف الضررين – لأن الضرر الناتج عن رفضهم ولاية القضاء هو ترك الساحة خالية للمنافقين والفاسقين ليتحكموا فى أعراض الناس وأرواحهم ويمسكوا بسيف السلطة ليتكلموا باسمها. إن قبول العالم التقى الورع لهذه الولاية رغم أنه يضحى بواجبه فى مقاومة سلطان غير شرعى، إلا أنه على الأقل سيسد الباب أمام تعيين قضاة لا يستحقون هذه الولاية وليسوا أهلا لها .

* * *

يكفينا الإشارة إلى هذه المبادئ أو النظريات التى نرى أنه لا يجوز تجاهلها بحجة الاكتفاء بتطبيق مبدإ أو نظرية "البطلان" فى الشريعة التى عنى بها دون غيرها .

إننا لم نذكر نظرية رابعة لها الأولوية على كل ذلك، وهى مبدأ وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى يجب على الأفراد جميعا –والعلماء والفقهاء فى مقدمتهم– أن يعملوا لإزالة سلطان من يعتقدون أنه اغتصب السلطة بدون طريقها الشرعى. والأصل أن تكون المقاومة باليد – أى بقتال الخليفة أو السلطان المغتصب – وإذا لم يستطع ذلك فعليه الدعوة لذلك أى أن يقاوم بلسانه، فإن لم يستطع فعليه أن ينكر ذلك فى ضميره وقلبه، وهذا أضعف الإيمان. ويظهر من تاريخنا أن عامة الناس، بل وعامة العلماء والفقهاء، قد اكتفوا بأضعف الإيمان لاعتقادهم أنهم لا يستطيعون أكثر من ذلك .

فلماذا نفرض على القضاة فى عصرنا الحالى أن يلتزموا بأكثر من ذلك ؟

* * *

وأخيرا هناك نظرية خامسة لا يمكن أن ننساها :

هى أن شريعتنا هى شريعة الأمة وليست شريعة الدولة أيا كانت، إن الدولة غير الاسلامية خارجة عن نطاق هذا البحث .

إن فقهينا حصر بحثه فى موقف القاضى المسلم من تطبيق القوانين الوضعية فى الدولة الإسلامية، أو التى ينص دستورها على أنها دولة إسلامية، وبنى حكمه على أن النص على أنّ الدولة إسلامية يجعلها ملزمة بتطبيق الشريعة، ويجعل الشريعة فى موضع دستور تلتزم قوانينها الوضعية بعدم مخالفته، وتكون تلك القوانين باطلة فى نظره إذا كانت مخالفة لأحكامها.

لذلك فإننا نعتقد أنه لم يتعرض للبحث فى المشكلة ذاتها إذا كانت الدولة غير إسلامية كالدول الأجنبية التى تحتل بلدا إسلاميا، كما كان الحال مثلا فى إندونيسيا وماليزيا والهند والجزائر فى أثناء الاحتلال الأجنبى، وكما كان الحال فى آسيا الوسطى تحت الاحتلال الشيوعى... وهكذا.

نعتقد أن رأيه لا يختلف عما ذهبنا إليه فى تلك الأحوال، لأن ما قلناه ينطبق عليها من باب أولى – إذ إن الموضوع ليس موضوع شرعية القوانين التى تفرضها تلك القوى الأجنبية، وإنما هو فى الحقيقة وجوب مقاومة الاحتلال مقاومة فعلية حتى يقضى عليه، وليس هذا واجبا خاصا بالقضاة، بل إنه واجب عامة الشعوب، وهذا هو ما فعله المسلمون فى تلك البلاد ونجحوا فيه إلى حد كبير.

والحال كذلك فى نظرنا بالنسبة للشعوب الإسلامية التى لا تحكمها دولة أجنبية وإنما تخضع لحكومات "وطنية" لا تعلن الصفة الإسلامية للدولة، بل ينص دستورها أو يعلن رؤساؤها أنها حكومات لا دينية أو علمانية أو أنها لا تطبق الشريعة ولا تقبل الالتزام بها، فإن الشعوب هى التى تلتزم بالسعى لإلزام دولها بالخضوع للشريعة وتطبيقها، لأنها شريعة الأمة.

من حسن الحظ أن فقهنا يميز بين الأمة والدولة، ولا يعترف للدولة أيّا كانت بطابع شمولى سواء كانت شرعية أو مفروضة بالقوة، بل هى مجرد مؤسسة نظامية أو عسكرية تفرض الولاء الواقعى لها فى الشئون الدنيوية، ولا يعترف لها الإسلام بالحق فى التدخل فى عقيدة الأمة ولا فى شريعتها – فشريعتنا هى شريعة الأمة سواء رضيت الدولة أم لم ترض به، وسواء كانت دولة وطنية أو أجنبية، والأمة بجميع شعوبها هى المسئولة عن إلزام الدول بتطبيق شريعتها....

والواقع أن فقيهنا قصر بحثه على موقف القاضى المسلم من تطبيق القوانين الوضعية للدولة التى عينته، وقد يفهم من كلامه أن الموضوع خاص بتطبيق الحدود، لما يمكن البعض من الزعم أن تطبيق الشريعة هو تطبيق الحدود، فى حين أن أحكام الشريعة شاملة متكاملة، ولايجوز الاكتفاء بتطبيق الحدود أو ترويج القول بأنه يكفى لتطبيقها تنفيذ الحدود مع إهمال الأحكام الأخرى، وبخاصة مبدأ الشورى وتحديد سلطة الحكام ومساءلتهم كما بين هو تفصيلا فى التقديم والتمهيد.

إننا نرى أن تطبيق الحدود لايجوز أن تقوم به سلطة غير إسلامية أو سلطة استولت على الحكم بالقوة والبغى. وإذا كان القاضى لايستطيع أن يلزم الحكومة التى عينته بمبادئ الشورى وسيادة الأمة، فكيف نلزمه بتنفيذ الحدود الجنائية على الأفراد، وعلى المسلمين وحدهم، بواسطة قضاء غير شرعى وغير مستقل عن سلطة الدولة التى فرضت ولايتها بطريقة واقعية لاأساس لها من الشرع؟

عود٥

١٩٦ ـ مدى التغيرات التى تترتب على الأخذ بنظرية البطلان:
يترتب على الأخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة وإحلال نصوص الشريعة محلها، ولن يؤدى تطبيق أحكام الشريعة إلى إحداث تغيير كبير فى أوضاعنا القانونية؛ لأن معظم النصوص القانونية لاتختلف عن أحكام الشريعة. وإذا خالف بعض النصوص مايقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع مايقول به البعض الآخر من الفقهاء. وسنكتفى هنا ببيان التغييرات التى تصيب قانون العقوبات(١) وهى ترتبط إلى حد كبير بنوع الجريمة، وتختلف بحسب ماإذا كانت الجريمة من جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، أو جرائم التعازير .

١٩٧ ـ أولاً : فى جرائم الحدود : جرائم الحدود معدودة فى الشريعة وهى على سبيل الحصر سبع جرائم-٢٧١- : الزنا، القذف، الشرب، السرقة، الحرابة، الردة، البغى. وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدوداً. ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة، وألاّ يكون هناك مانع شرعى من توقيع العقوبة، فإذا توافر هذان الشرطان فلابد من عقوبة الحد. وفى هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها .
أما فى الحالات التى لايعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة، أو درء الحد للشبهة، أو كانت الجريمة شروعاً، فالعقوبة فى هذه الحالات طبقاً للشريعة هى عقوبة التعزير، والتعزير يرجع فيه إلى ولى الأمر. ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تعازير مقررة ممن يملك حق تقريرها-٢٧٢-، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق فى هذه الحالات. وإذن فقانون العقوبات لن

المصدر تعليق "رقم-٢٧١-": مر علينا سابقا أن الفقه الجعفرى يضيف إلى هذه الجرائم ثلاثة وهى اللواط والمساحقة والقيادة .

المصدر تعليق "رقم-٢٧٢-": مر علينا قريبا أن السلطات التشريعية فى البلاد العربية غير متصفة بالأوصاف المشترطة فى الهيئات التى لها حق التشريع، فلا يكون تشريعها لازم الإطاعة لا فى جرائم الحدود ولا فى غيرها .

---

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التغييرات التى تصيب قانون العقوبات المصرى نتيجة للأخذ بنظرية البطلان؛ لأن هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطلان أن نعرف النصوص المدنية الباطلة ومدى بطلانها، وأن نعرف النصوص الباطلة فى قوانين الإجراءات ومدى بطلانها. وهكذا نستطيع كلما عرفنا حكم الشريعة وحكم القانون أن نقول : إن حكم القانون باطل إذا كان مخالفا للشريعة،وإنه صحيح إذا كان موافقا للشريعة.

<عوده> يعطل إلا فى جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة–٢٧٣– فلها حكم خاص .

الردة : تعد الشريعة الردة جريمة ماسة بالنظام العام، وتعاقب عليها بعقوبة القتل. وعقوبة الردة لايمكن إسقاطها بحال فى الشريعة. أما قانون العقوبات فلا يَعُدُّ الردة جريمة ولايعاقب عليها. ولما كان كل مايخالف الشريعة باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقا للشريعة، ولو أن قانون العقوبات المصرى لم يذكر عن الردة شيئا .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية، فإن من الصعب عملا تنفيذه، فليس فى الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء، وعرض الجرائم على القضاء مقيد بإجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعى معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه. على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية، فالشريعة تهدر دم المرتد ولاتعاقب قاتله؛ لأنه أتى فعلا مباحا، فإذا قتل المرتدَّ إنسان وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضى أن يبرئه؛ لأنه قتل نفسا غير معصومة؛ ولأن الشريعة تجعل من واجب كل إنسان لا من حقه أن يقتل المرتد. وهذا الواجب ليس فرض عين، وإنما هو من فروض الكفاية إذا قام به فرد سقط عن الآخرين.

|الصدر| تعليق "رقم–٢٧٣–": سياتى الكلام عنها قريبا ان شاء الله .

|الشاوى| رأينا فى "التعليقات من–٢٦٨– إلى–٢٧٣–": ماقاله فى التعليق من التزام القاضى الإسلامى بالمذهب التى تحدده "الدولة" والذى تلزمه به "الدولة الإسلامية"، يوجب علينا القول بأن إلزام الدولة قضاها بمذهب أو تقنين معين ناتج عن مبدإ جواز تخصيص القضاء. ونحن نرى أن التخصيص ليس حقا للدولة شرعا، بل هو حق للأمة ولأهل الاجتهاد الذين يمثلون الأمة تمثيلا صحيحا بالشورى الحرة، وليس حقا لكل من يتولى السلطة فى "الدولة" وخاصة إذا كان مغتصبا للسلطة، وإذا حدث ذلك فإن سلطته تكون فعلية وواقعية وليست شرعية. إن شرعية القانون الوضعى ترتبط بشرعية الدولة التى أصدرته، ولابد للاعتراف لهذه القوانين بالشرعية من تصحيح أوضاع الدولة التى أصدرتها.

ولكن القول بالتزام القاضى بتنفيذ هذه القوانين لايستلزم حتما القول بأنها شرعية، لأن مسئولية الانحراف بها لاتقع على القاضى المنفذ لها بل على عاتق من أصدروها وألزموه بها باسم الدولة أو سلطتها الواقعية. إن النظم الحالية هى أوضاع واقعية لاتسمح للقاضى بأن يفصل فى "شرعية القانون من الناحية الإسلامية بل ولا فى دستوريته الوضعية"، فلايجوز له الامتناع عن تطبيق قانون بحجة أنه غير شرعى أو أنه غير دستورى، لأن هذا ليس من اختصاصه وهذا مايشير له التعليق رقم ٢٧٣ (على البند ١٩٧) ورقما ٢٧٩ و ٢٨٠ (على البند ١٩٨) .

كما أننا نؤيد إشارته فى كل مناسبة إلى أن وصف القانون الوضعى بأنه موافق للشريعة لايكفى فيه أن حكمه لايناقض أحكامها، بل لابد أن تكون السلطة التى أصدرته شرعية ملتزمة بمصادر الشريعة وأصولها ومبادئها ....

❁ 196، 197– رأينا فى دعوته للتكامل بين الفقه والقوانين الجنائية "الوضعية" وفى العصمة والإهدار :

إن إشارته إلى أن معظم النصوص الوضعية لاتختلف عن أحكام الشريعة؛ كان يجب أن تلقى ترحيبا من المعارضين لتطبيق الشريعة أو العاجزين عن ذلك. والآن ونحن فى عصر الصحوة الشعبية الإسلامية، يجب أن نضيف إلى ذلك أن ما تريده الشعوب ليس فقط تغيير أحكام القوانين الوضعية حتى لا تتعارض مع أحكام شريعتنا، وإنما المطلب الشعبى هو تغيير منابعها الأجنبية واعتمادها على مصادر الشريعة وأصولها ومبادئها لتكون معبرة عن الأصالة التى تعتز بها شعوبنا. لذلك، فإن محاولاته للدعوة للتكامل بين أحكام الشريعة والقوانين الوضعية لم تعد منتجة ولا كافية فى نظرنا، وقادته إلى القول بأن القوانين الوضعية هى التعازير الشرعية، وغرضه من ذلك تسهيل مهمة القضاء فى "استكمال" تطبيق الشريعة. ونخشى أن يفهم القراء من ذلك أن الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ينحصر فى تطبيق عقوبات الحدود، وهذا بكل أسف ماحاول كثير من فقهاء السلاطين أن يقولوا به لتطمين الشعوب وإرضاء السلطات القائمة، ولكن هذا يؤدى إلى ماحذرنا منه دائما من حصر تطبيق الشريعة فى أحكام الحدود، وإهمال نظرياتها ومبادئها العامة التى يجب أن تكون مصادر لأحكام التعازير، وتميزها بذلك عن القوانين الوضعية المستوردة من الخارج... يؤيد ذلك إشارته دائما إلى أن أحكام التعازير يجب أن تكون فى إطار مبادئ الشريعة ... وروحها التشريعية (فى بداية البندين 191، 192) .

❁ ❁ ❁

إشارته إلى حد الردة وإهدار دماء المرتدين: لنا رأى خاص فيها سوف نعرضه فيما بعد تفصيلا لأنه يختلف عما توصل إليه هنا،[1] لأنه لايجوز أن يصل إلى تعطيل حق القضاء الشرعى المستقل عن الدولة وحده فى الحكم بالعقوبات الحدية دون الأفراد جميعا بعد ثبوت الجرائم بأدلة شرعية صحيحة تدين المسلم الخاضع لولايته .

ونحن نأسف لأن المعلق الشيعى السيد الصدر لم يعترض على هذا الرأى لما يفهم منه أنه هو شخصيا يقره .

---

(1) يراجع تعليقنا على البند: 375 –، 377– وما بعده .

عو٥٥ ١٩٨ـ ثانياً : فى جرائم القصاص والدية : يدخل تحت هذا النوع من الجرائم القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجرح العمد، والجرح الخطأ، ولكل جريمة حكمها.

القتل العمد : الأصل فى الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد، سواء كان القتل مقترناً بسبق إصرار وترصد، أو غير مقترن، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن. ولاتجيز الشريعة للقاضى أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها. أما القانون المصرى، فيعاقب بالإعدام على القتل المقترن بسبق إصرار أو ترصد، وعلى القتل بالسم، وعلى القتل المقترن بجريمة أخرى، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. ويجيز القانون المصرى فى كل الأحوال تخفيف العقوبة واستبدال غيرها بها إذا كانت الظروف تدعو للتخفيف. وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصرى يقتضى الأخذ بنصوص الشريعة دائما فى الحالات التى توجب فيها الشريعة القصاص، فيحكم القاضى بالقصاص فى كل هذه الحالات، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى.

وتجيز الشريعة لولى المجنى عليه أن يعفو عن القصاص، فإذا عفى سقطت عقوبة القصاص، ولولى الدم إما العفو مجاناً، وإما الدية أو مقابلها-٢٧٤-، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى، وكان على القاضى أن يحكم بها. ويجب فى حالة العفو على الدية والعفو مجاناً أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية، طبقا لرأى مالك[1]. أما أبو حنيفة[2] والشافعى[3] وأحمد[4] فلا يوجبون التعزير فى حالة العفو، ولكن ليس لديهم مايمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة-٢٧٥-. والقانون المصرى لايجعل

القصاص يقف عند ...

ولى الدم القصاص ... (تعليق "رقم-٢٧٤-": وله أن يعفو عن القصاص ويرضى بدلاً عنه مقداراً من المال كان بمقدار الدية أو أقل أو أكثر .

الصدر تعليق "رقم-٢٧٥-": فيجب حينئذ، بل يجب وإن اقتضته المصلحة الخاصة، بأن كان تأديب القاتل وتوبته من جرمه أو عدم تكراره للفعل موقوفا على ذلك ومع عدم توقف المصلحين عليه لا العامة ولا الخاصة فلا موجب له بعد إسقاط الحق الخاص، وذلك بتنازل ولى الدم عن حقه .

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٧٤- و-٢٧٦-": نوافق على ماقاله السيد الصدر من أن العفو يجوز بمقابل مالى، أى تعويض أياً كان مقداره طالما أنه لايسقط حق المجتمع فى التعزير لأنه يتصرف فى نطاق حق خاص له .

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٤٦ .

(٣) المهذب الجزء الثانى ص ٢٠١ ومابعدها .

(٤) المغنى الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

عوده — لعفو أولياء المجنى عليه أثرا على العقوبة المقررة، ولكن العفو يمكن عَدُّه ظرفا قضائيا مخففا يؤدى إلى تخفيف العقوبة، أو استبدال غيرها بها طبقا للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى. وهذا الذى أخذ به القانون المصرى يتفق مع مذهب الإمام مالك، حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير. فكأن المشرع المصرى قد أخذ بمذهب مالك فى هذه المسألة، وعلى هذا يجب فى حالة العفو على الدية الحكم بها وبعقوبة تعزيرية، وفى حالة العفو مجانا يجب الحكم بعقوبة تعزيرية-٢٧٦-. ولما كانت العقوبات المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية،فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل فى حالة العفو إلا عقوبة الإعدام؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وهى تسقط بالعفو طبقا للشريعة، وللقاضى فى هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة ويقدرها طبقا لنص المادة ١٧ عقوبات؛ لأن الشريعة تبيح ذلك للقاضى فى عقوبات التعازير.

وفى بعض الحالات يمتنع القصاص فى القتل العمد، طبقا للشريعة كحالة قتل الأب ولده، وحالة القتل الحاصل من حدث، والقاعدة أن الدية تحل محل القصاص-٢٧٧- كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية. وماقيل فى حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص .

وخلاصة ماتقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجبا، طبقا للشريعة، وأن نصوص القانون تطبق فى حالة العفو وامتناع القصاص، سواء وجبت الدية أو لم تجب، ولايعطل من هذه النصوص إلا مايقضى بالإعدام عقوبة للجريمة، وهذا هو نفس الأساس الذى كان يقوم عليه قانون العقوبات المصرى قبل تعديل سنة ١٩٠٤.

الشروع فى القتل : يختلف حكم الشروع فى القتل تبعا لأثر الشروع. فإن كان الشروع قد أحدث أثرا(١) يقتص منه، فالعقوبة القصاص. وإن أحدث أثرا لايقتص منه، أو أثرا يمتنع فيه القصاص، فالعقوبة الدية أو الأرش. والأصل عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد أنهم يكتفون بهذه العقوبات ولايوجبون معها التعزير، لكنهم يجيزون-٢٧٨-

---

الصدر — تعليق "رقم-٢٧٦-": وفى حالة العفو على مقدار غير الدية يجب الحكم به سواء قل عن الدية أو كان أكثر منها .

الصدر — تعليق "رقم-٢٧٧-": مع التعزير كما يجب على الأب أن يكفر بكفارة القتل متعمدا.

الصدر — تعليق "رقم-٢٧٨-": بل يجب التعزير إذا اقتضت المصلحة الملزمة ذلك، ويرجح التعزير بلا إلزام إذا لم تقتض المصلحة الإلزام .

الشاوى — رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٧٥-، -٢٧٧-، -٢٧٨-": نوافق السيد الصدر فى قوله إن التعزير فى حالة عفو المجنى عليه يكون "واجبا"، لأن عفو المجنى عليه هو عفو من عقوبة القصاص وحدها وليس عفوا عن الجريمة، ولايعطل حق المجتمع فى التعازير .

---

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإتلاف مبانيها.

عوده اجتماع التعزير مع الحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أوالدية[1]. وعلى هذا يجب أن تطبق-٢٧٩- عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرش، مادام الفقهاء لايمنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير، ومادام أولو الأمر-٢٨٠- قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هى العقوبات التى نص عليها قانون العقوبات. وللقاضى أن يراعى الظروف، فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشددها؛ لأن ذلك حقه طبقا للشريعة والقانون معا .

أما الشروع الذى لم يترك أثرا، فعقوبته فى الشريعة التعزير، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات؛ لأن عقوباته تعزيرية .

القتل شبه العمد: يختلف الفقهاء فى القتل شبه العمد. فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يعترفون به-٢٨١-، ومالك ينكره ولايرى القتل إلا عمدا أو خطأ ولاوسط بينهما . والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط، ولكنهم مع هذا يجيزون أن يجتمع التعزير مع الدية-٢٨٢-، فطبقا لرأيهم تطبق نصوص القانون فى القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة، مادام ولى الأمر يوجب التعزير فيه .

وإذا طبقنا نظرية مالك التى تجيز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير فى الجراح، كان من المنطق أن نقول بوجوب الجمع بين الدية وبين التعزير فى القتل شبه العمد-٢٨٣-؛ لأنه إذا صح أن يعاقب الجارح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير، فأولى أن يعاقب الجارح أو الضارب بالدية مع التعزير إذا أدى جرحه أو ضربه للموت. ولايقدح فى هذه النتيجة أن مالكا لايعترف بالقتل شبه العمد؛ لأن هذه النتيجة

الصدر تعليق "رقم-٢٧٩-": إذا صدرت ممن له حق التشريع .

الصدر تعليق "رقم-٢٨٠-": ليست الهيئات المشرعة للقوانين فى البلاد العربية من أولى الأمر الذين يحق لهم تقنين القوانين كما مر علينا ذلك قريبا .

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٧٩-، -٢٨٠-": يكرر رايه بان القوانين الوضعية لاتكون شرعية إلا إذا صدرت من هيئة توافرت فيها الشروط الشرعية (للاجتهاد أو الإجماع)، وهذه الشروط لاتتوافر لدى كثير من الدول حاليا،وقد أيدنا هذا الرأى واضفنا أنه يجب أن تستنبط هذه الأحكام من المصادر الشرعية لا أن تنقل من دولة أجنبية ...

الصدر تعليق "رقم-٢٨١-": وهكذا لفقهاء المذهب الجعفرى .

الصدر تعليق "رقم-٢٨٢-": إن احتمل الحاكم الشرعى المصلحة فيه ويجب إن كانت المصلحة ملزمة.

الصدر تعليق "رقم-٢٨٣-": بل هو المتعين إذا رأى الحاكم أن المصلحة العامة أو مصلحة المجرم الخاصة تقضى بذلك، كما إذا لم يمكن إصلاحه بدون تعزيره .

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧، شرح الدردير الجزء الرابع ص ٢٢٤ .

عو٥٥ التى خلصنا إليها هى منطق نظرية مالك فى الجمع بين الحد والتعزير فى الجراح، وليست منطق نظريته فى إنكار شبه العمد. وإذن فآراء الأئمة جميعا تؤدى إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصرى فى وقت واحد على القتل شبه العمد، ولايمنع هذا القاضى من أن يخفف العقوبة-٢٨٤- التعزيرية طبقا للمادة ١٧ عقوبات أو طبقا لنصوص الشريعة.

القتل الخطأ: عقوبة القتل الخطإ فى الشريعة الإسلامية هى الدية المخففة. ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوب التعزير-٢٨٥- مع الدية كما قيل ذلك فى القتل العمد؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطإ، ولكنهم جميعا يجيزون اجتماع التعزير مع الحد، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية-٢٨٦- كما هو الحال فى القتل

الصدر تعليق "رقم-٢٨٤-": أى عقوبة التعزير وليس له تخفيف الدية.

الشاوى رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٨١- و-٢٨٢- و-٢٨٣- و-٢٨٤-": أنها خاصة بعقوبة شبه العمد، وسنعود لها فى موضعها بالقسم الخاص.

الصدر تعليق "رقم-٢٨٥-": لاوجه لتعزير القاتل خطأ إذا لم يصدر منه معصية، إلا إذا كان خطؤه ناشئا عن التهاون وعدم التحفظ، فإن للحاكم الشرعى تعزيره خوفا من تهاونه وعدم تحفظه مرة أخرى أو تهاون سواه وعدم تحفظه ووقوعه فيما وقع فيه من القتل خطأ.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٨٥-": يحاول السيد الصدر التمييز بين نوعين من الخطإ، فما يسميه التهاون وعدم التحفظ يجيز التعزير (خوفا من تهاونه وعدم تحفظه مرة أخرى وردعا لكل من يتهاون أو لايتحفظ فيتسبب بذلك فى قتل غيره) فى حين أن الخطأ الذى يكون معصية شرعية فحكمه غير ذلك – أى أن التعزير يكون واجبا.

ونحن نرى أن هذه التفرقة لالزوم لها، لأن مبدأ مرونة التعازير وأنها تشمل مجرد التهذيب والتأنيب وغير ذلك من تدابير الوقاية هذه المرونة كفيلة بتمكين القاضى من اختيار الجزاء الذى يناسب كل حالة سواء كان الفعل معصية أم لا – فتكون هذه التفرقة محكمة فى نطاق السلطة الواسعة التى قررها الفقه للقضاء فى نطاق التعزير فيمكنه الاكتفاء بتدابير وقائية دون حاجة لعقوبة جنائية. ثم إننا رجحنا القول بأن التعزير فى جرائم الخطإ يدخل كله فى نطاق تدابير الوقاية التزاما بالأصل الشرعى الذى أشار له الأثر بأن الله قد رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ومااستكرهوا عليه.

الصدر تعليق "رقم-٢٨٦-": كيف تطبق العقوبة القانونية مع عدم إمضاء الشارع لها إلا فى المورد الذى أشرنا إليه آنفا؟

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٨٦-": نؤيد ملاحظة السيد الصدر عندما اعترض على قول فقهائنا بأن القاضى يطبق العقوبة الشرعية ويضيف إليها العقوبة المقررة فى القانون الوضعى، لأن مثل هذه =

عوده شبه العمد مادام أولو الأمر-٢٨٧- قد أوجبوا التعزير .

الجراح فى العمد والخطإ : تعاقب الشريعة على الجراح المتعمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص، لقوله تعالى : ﴿والجروحَ قصاص﴾[المائدة: ٤٥] . وتعاقب بالقصاص فى إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكنا، فإذا لم يمكن قصاص فالعقوبة الدية أو الأرش، أو الحكومة. ويوجب مالك-٢٨٨- أن يجتمع التعزير مع الدية أو القصاص تأديبا للجانى. أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولايوجبونه، فطبقا لرأى مالك لايعتبر نصوص قانون العقوبات لم تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أو ناقصة. وطبقا لرأى بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية، وبين العقوبة القانونية مادام أولو الأمر-٢٨٩- قد أوجبوا التعزير، وعلى هذا فآراء الجميع لاتتعارض مع نصوص القانون المصرى، ولاتؤدى إلى إبطالها .

= الإضافة تكون غير شرعية فى نظرنا، ونرى أن حرص فقهائها على إرضاء ضمير القاضى المسلم الملتزم بتطبيق القوانين الوضعية يكفى فيه قولنا بأنه لايأثم شرعا بتطبيق العقوبات الوضعية التى حددتها السلطة الفعلية فى الدولة، لأن الإثم يقع على عاتق السلطة التى فرضتها وليس على القاضى الملتزم بها والمضطر لتطبيقها، دون حاجة لأن يتطوع فقهاؤنا بإعطاء هذه السلطة الواقعية (التى لاتتوافر فيها شروط الولاية الشرعية) صفة "أولى الأمر" التى سبق أن اعترضنا عليها مرارا.

الصدر تعليق "رقم-٢٨٧-": مر علينا قريبا أن المشرعين للقوانين فى البلاد العربية لم تجتمع فيهم الأوصاف المشترطة فى أولى الأمر الذين لهم حق التشريع .

الصدر تعليق "رقم-٢٨٨-": إنما يجب التعزير إذا اقتضت المصلحة ذلك، فللحاكم أن يعزر وأن يترك التعزير تبعا لما يراه من المصلحة. ولعل هذا مراد مالك وبقية أئمة المذاهب الأربعة؛ فمالك يوجب التعزير إذا اقتضت المصلحة ذلك، ومراد البقية من الجواز إيكال تقدير المصلحة وعدمها إلى الحاكم.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٨٨-": نرى أن كلمة الحاكم هنا يقصد بها القاضى المجتهد وليس من يمارسون السلطة التنفيذية سواء بالحق أو بالباطل، كما هو الغالب فى "الحكام" الذين لايلتزمون بالشريعة... كما أشار المعلق الشيعى فى رقم -٢٨٩- .

الصدر تعليق "رقم-٢٨٩-": مر آنفا عدم انطباق أولى الأمر الواجبة طاعتهم على المشرعين للقوانين الوضعية فى البلاد العربية، وإنما يصح إذا اقتضت المصلحة ذلك لأن الشريعة قد أوجبت ذلك.

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٢٨٧-، -٢٨٩-": اعترض المعلق الشيعى كما اعترض من قبل وأيدنا اعتراضه لأننا نصر على أن "أولياء الأمر" فى التشريع والفقه هم أهل الاجتهاد وممثلو الأمة فى الإجماع، وليسوا هم من يمارسون السلطة باسم الدولة لأنه لاحق لهم شرعا فى التدخل فى نطاق التشريع كما قلنا مرارا وخاصة إذا كانت ولايتهم بالغلب والقوة والعنف دون أساس شرعى .

عوده

أما جرائم الحد في الخطأ فعقوبتها الدية أو الأرش أو الحكومة، وحكمها حكم القتل الخطأ، ومن ثم يجب -٢٩٠- فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة في وقت واحد.

الضرب الذى لايترك أثرا: تعاقب الشريعة على الضرب الذى لايترك أثرا بالتعزير. ولما كانت العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل في هذه الحالة.

١٩٩ـ ثالثا: في جرائم التعزير: علمنا لما سبق(١) أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وأنها نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر، وجعلت لهم أن يحرموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبوا إتيان بعض الأفعال-٢٩١-، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها، والمحافظة على أمنها ونظامها، ويشترط ألاّ يحرموا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية.

الصدر تعليق "رقم-٢٩٠-": المراد إمكان انطباق قانون العقوبات على أحكام الشريعة لأن ماتفرضه القوانين الوضعية يكون من مصاديق التعزير المشروع في الشريعة الإسلامية، ولكنك عرفت قريبا أنه ليس في الخطأ المحض تعزير إلا في بعض الموارد التي أشرنا إليها سابقا.

الشاوى رأينا في "تعليق-٢٩٠-": نراه يقترب من رأى فقيهنا عندما يقر بإمكان إدماج قانون العقوبات الوضعي بشروط، ولكننا لانوافق على ذلك إلا إذا عَدَدْنا أنه يقصد فقط القاضى المجتهد الذى اختار الجزاء في حدود سلطته الواسعة في التعزير شرعا كوسيلة للإصلاح، وفي عهدنا الحاضر يكون ذلك من اختصاص أهل الاجتهاد والإجماع.

الصدر تعليق "رقم-٢٩١-": في زمان محدد، إذ ليس لولى الأمر أن يشرع حكما دائميا لايوجد في الشريعة الإسلامية.

الشاوى رأينا في "تعليق-٢٩١-": نشير إلى رأينا في أن المقصود بولى الأمر كما بيناه فيما سبق أنهم أهل الاجتهاد أو الإجماع الشرعى، وإن كان تعليق السيد الصدر رقم -٢٩١- و-٢٩٥- لايوضح ذلك، ومن حسن الحظ أن تعليقه رقم -٢٩٣- يؤيد رأينا.

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ ومابعدها.

عوده والقاعدة العامة التي تأخذ بها الشريعة في العقاب على جرائم التعازير: أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدها، وتركت للقاضي أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التي يراها ملائمة للجريمة والمجرم-٢٩٢-.

وإذا كانت تلك هي القاعدة العامة التي سارت عليها الشريعة في جرائم التعازير التي نصت عليها، إلا أنه ليس في الشريعة مايلزم أولى الأمر بالسير على هذه القاعدة في الجرائم التي تركت لهم الشريعة تحديدها ، بل ليس في الشريعة مايمنع أولى الأمر-٢٩٣- من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمها أولو الأمر، عقوبة معينة يلزم القاضي توقيعها إذا ثبتت الجريمة، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضي إحداهما. كذلك ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من تعيين الحد الأدنى للعقوبة-٢٩٤-، بحيث لايستطيع القاضي أن ينزل عنه، وهذا الذى لاتمنع منه الشريعة هو الذى عمل به في قوانين العقوبات .

الصدر تعليق "رقم-٢٩٢-": شرط ألاّ تصل إلى درجة الحد بنظر بعض فقهاء المسلمين كما مر علينا ذلك سابقا .

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٩٢-": نشير إلى أننا نؤيد القول الذى يشير إليه بأن التعزير لايجوز أن يصل إلى عقوبة الحد، ونجدد تحفظنا على ماسار عليه الاثنان من وصف التعزير بأنه عقوبة دائما، لأننا قلنا مرارا إنها يشمل تدابير الوقاية خارج نطاق العقوبات .

الصدر تعليق "رقم-٢٩٣-": ظاهر الأدلة الشرعية أن تحديد مقدار التعزير وكيفيته إنما هو بيد القاضي الشرعي لابيد أولى الأمر، إلا أن يكون تعيين أولى الأمر للعقوبة إنما هو لاستلفات نظر القاضي إلى العقوبة التي ينبغي له اختيارها، ولكن القاضي لايكون ملزما باختيار ماعينه له أولو الأمر أو باختيار أحد الفردين اللذين جعلا من أولى الأمر .

الصدر تعليق "رقم-٢٩٤-": في ظرف خاص إذ ليس لأولى الأمر تشريع حكم دائمي لا دليل عليه من نصوص الشريعة .

الشاوي رأينا في "التعليقات أرقام-٢٩١- إلى-٢٩٤-": يستفاد منهما أن مايقرره أهل الاجتهاد في زمن معين لايلزم أهل الاجتهاد الذين يأتون بعدهم، لأن الاجتهاد يمكن تغييره دائما باجتهاد آخر سواء كان معاصرا له أو لاحقا عليه – على أساس أن أهل الاجتهاد هم "أولو الأمر" في التشريع والتعزير كما قدمنا .

عوده

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التى تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولى الأمر-٢٩٥-، فإن الجرائم التى تنص عليها تعد طبقا للشريعة جرائم تعزيرية، كلما كانت متفقة مع نصوص الشريعة أو غير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ أن القوانين الجنائية وضعت فى البلاد الإسلامية دون أن يراعى واضعوها نصوص الشريعة، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالا تاما، وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم-٢٩٦-، وهذا الخروج إذا كان لايؤدى إلى بطلان كل عملهم، فإنه يؤدى إلى بطلان كل مايصدر عنهم مخالفا للشريعة .

وقد ترتب على إغفال أولى الأمر لنصوص الشريعة من ناحية، وعلى ماهم من حق التشريع من ناحية أخرى-٢٩٧-، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير:

النوع الأول : جرائم نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين واللوائح، مثل جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وجريمة البيوع الربوية، والامتناع عن إخراج الزكاة، ومخالفة أحكام العدة، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهر فى صلاة الإسرار، والإسرار فى صلاة الجهر، وكالزيادة فى الصلاة .

الصدر — تعليق "رقم-٢٩٥-": مر علينا الكلام فى ذلك قريبا .

الصدر — تعليق "رقم-٢٩٦-": بل خرجوا عن صلاحيتهم للتقنين أيضا، فلا يجب الالتزام بكل مايصدر منهم وإن كان موافقا للشريعة .

الصدر — تعليق "رقم-٢٩٧-": مر علينا قريبا أنهم خرجوا بمخالفتهم الشريعة عن استحقاق التشريع وصلاحيتهم لذلك .

الشاوى — رأينا فى "التعليقات أرقام-٢٩٥- إلى -٢٩٧-": فيها تحفظ نؤيده بشأن الحكم فى حالة خروج بعض الحكام عن صلاحيتهم، مع ملاحظة أن هذه المشكلة مازالت قائمة فى الفقه الدستورى الوضعى كذلك، حيث إن الحكومات والسلطات الواقعية أو الفعلية (التى ليس لها أساس دستورى أو شرعى) مثل الحكومات الاستعمارية أو الانقلابية، يرى كثيرون من شراح القانون الدستورى الوضعى المعاصر - أن قراراتهم تكون نافذة إلى أن تلغيها سلطة دستورية فيما بعد - ونفاذها وبقاؤها إلى أن تلغى مبنى على أساس أن مصلحة المجتمع تقتضى قدرا من الاستقرار لايسمح بإبطال جميع ماتقرره سلطات الغصب وحكومات البغى مثل السلطات الاستعمارية ومن يستولون على الولاية بالانقلاب والقوة دون أساس دستورى ولاشرعى كما يلاحظ أن كثيرا من هذه المقررات كان لازما ومفيدا للمجتمع، ولذلك يجب بقاؤه إلى أن يلغى أو يحل محله غيره .

عوده النوع الثانى: جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح. وهذه الجرائم قسمان : قسم لاتختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تطفيف الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة، وقسم تختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا، فالشريعة تعاقب على الربا فى كل صُوَرِه، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة، وكجرائم المقامرة والمراهنة، فإن الشريعة تحرمهما تحريما مطلقا، بينما تحرمها القوانين فى حالات خاصة.

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة، وهذه الجرائم قسمان : قسم يقوم على مبادئ تتفق مع مبادئ الشريعة العامة -٢٩٨- وروحها التشريعية، كمخالفات السيارات والتعليم، ومثل الأفعال التى قصد من تحريمها تنظيم الجماعة، كقوانين تنظيم المهن، أو التى قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة، كمكافحة الآفات والأمراض. وقسم يقوم على مبادئ تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية، ومن الأمثلة على ذلك : الجرائم التى نصت عليها لائحة بيوت الدعارة، فالمبدأ الذى قامت عليه هذه اللائحة هو إباحة الزنا والترخيص به رسميا، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدإ الإباحة، بينما الشريعة تحرم الزنا فى كل صوره تحريما مطلقا. ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التى نصت عليها القوانين التى تنظم تقطير الخمور وبيعها وتقديمها، فإن المبدأ الذى تقوم عليه هذه القوانين هو إباحة شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدإ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريما عاما.

الصدر تعليق "رقم-٢٩٨-": فإن الشريعة تهتم بكل مايمنع من إتلاف النفس وردع الجهل ومكافحة الآفات والأمراض. وأما قوانين تنظيم المهن، فإن كان المراد منها منع الغلاء والاحتكار أو منع الفتنة بين أصحاب المهن فهذا مما يوافق الشريعة لأنها تهتم بمنع الاحتكار والغلاء ومنع مايوجب الفتنة والمشاغبة، وإن كان المراد منها أمورا أخرى فهى خارجة عن مبادئ الشريعة الإسلامية.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٢٩٨-": الأمثلة التى ذكر أن الشريعة تهتم بها (منع إتلاف النفس وردع الجهل ومكافحة الآفات والأمراض ومنع الغلاء والاحتكار – ومنع مايوجب الفتنة)... هى فى نظرنا نموذج للنظريات التشريعية التى يجب علينا البحث عن أصولها فى نصوص الكتاب والسنة – ومقاصد الشريعة – وهذا يؤكد ما نقوله من أننا فى عصر أصبح فيه التنظير واجبا.

وهذا أفضل لما يفهم من أقوال فقيهنا فى من وصف كل القوانين الوضعية التى ذكرها بأنها تعازير من النوع الثالث – دون حاجة لتأصيلها فى الشريعة.

يجب علينا أن نؤكد رأينا فى الاعتراض على قول فقيهنا بأن القاضى لايجوز له أن يأخذ بعين الاهتمام الظروف المخففة إلا فى التعازير، وأنها لا محل لها فى نظره فى الحدود والقصاص. ويؤكد رأينا أنه بعد أن كرر القول الذى أبداه سابقا فى أن القصاص واجب سواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن، عاد فى نفس الوقت للقول بأن عفو المجنى عليه (أو ولى الدم) يمكن عَدُّه ظرفا قضائيا مخففا يؤدى إلى تخفيف العقوبة أو استبدال غيرها بها وأن ذلك هو رأى الإمام مالك[1].

ونرى أن مذهب الإمام مالك فى وجوب التعزير فى جرائم القصاص والدية فى حالة العفو (قياسا على جرائم الحدود) أكثر اتفاقا مع رأينا بأن التعزير هو الأصل فى جميع الجرائم، وهو أكثر اتفاقا مع المنطق والمصلحة من رأى الأئمة الذين يفرقون بين جرائم الحدود وجرائم القصاص. ورأى الإمام مالك فى نظرنا أكثر اتفاقا مع اتجاه الشريعة الإسلامية إلى تشديد العقوبات على مرتكبى جرائم الاعتداء على سلامة الجسم وحياة الأفراد وحقوقهم الإنسانية، وأولها حقهم فى الحياة وسلامة أبدانهم. لكننا نضيف قولنا بعدم جواز إضافة التعزير إلى عقوبة الحد إلا فى حدود التدابير الوقائية التى تدخل ضمن التعازير فى نظرنا.

ونحن نلفت النظر إلى ما بذله الشهيد من جهد للاتجاه نحو التكامل بين القوانين الوضعية والأحكام الشرعية بصدد عقوبة القتل شبه العمد أو الخطإ؛ ونرى أن ذلك يؤيد ما ذهبنا إليه فى عدم بطلان القوانين الوضعية التى تفرض عقوبات عَدَّها تعزيرية فى جرائم الحدود أو القصاص برغم أنها لا تنص على العقوبات المقررة (الحدود والقصاص).

لقد حرص على حصر النتائج المترتبة على قوله بضرورة التزام القضاة فى النظم التشريعية الوضعية بالتكامل بين الشريعة والقوانين الوضعية سواء فى نطاق عقوبات الحدود أو القصاص أو التعازير، ليثبت أن الخلافات محدودة فى نطاق ضيق؛ وأن من الممكن أو الواجب إقرار التكامل بين هذه القوانين وأحكام الفقه الإسلامى فى هذه المجالات.

ونحن نقدر له عمله وإيمانه بالنتائج التى توصل إليها، وهى التزام القضاة بتطبيق العقوبات الشرعية التى عطلتها الدولة مع عقوبات القوانين الوضعية.

(1) أول البند (198).

❁ لا نوافق على قوله إن التشريع الجنائي الوضعي يمكن عَدُّه تعزيرات :

أما نحن، فإننا نرى الآن أن الصحوة الشعبية المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية إنما تهدف إلى تطهير الساحة من القوانين الوضعية المستوردة سيئة السمعة، ووضع حد لإسراف الحكام فى إصدار قوانين تفرض عقوبات جنائية تزداد وتتوالى وتتكاثر للاحتفاظ بالسلطة واحتكارها بصورة دفعت العامة والجماهير إلى مزيد من التأييد للمطالبة بتطبيق الشريعة، لأنها فى نظرهم هى القادرة على وقف تيار الحكم الشمولى وتحرير المجتمع وتطهيره من طوفان هذه القوانين الباغية سيئة السمعة.

هذا التيار الشعبي يوجب علينا الآن أن نؤكد أن هذا التكامل الذى دافع عنه لم يعد ممكنا والمجديا؛ لأن تدخل الدولة ومن يتولون السلطة فى نطاق التشريع وغلوهم فى إصدار القوانين الجنائية الوضعية لإرهاب من يعارضهم أو يقاوم بغيهم هو فى ذاته مخالف لأصل مهم من أصول شريعتنا، وهو استقلال الشريعة عن سلطات الدولة وسيادتها على المجتمع والتزام كل من يمارس السلطة السياسية (بالحق أو بالباطل) بعدم التدخل فى مجال التشريع، الذى هو فى شريعتنا له مصادر إلهية يكملها علم وفقه يتولاه علماء ومفكرون مستقلون تختارهم الأمة ويمثلونها فى نطاق التشريع، الذى لا يجوز أن يتخذه من يمارسون السلطة سلاحا لبقائهم فيها واحتكارهم لها وحرمان الأمة من حقها فى أن تختار من يمارسون الاجتهاد والإجماع نيابة عنها من علمائها الذين تثق فيهم وتختارهم بحرية كاملة؛ ويشترط فيهم دائما ألا يكونوا من الرؤساء السياسيين ولا من أعوانهم من فقهاء السلاطين ... لأنها تعتقد أن الفقهاء المستقلين عن الدولة قادرون على حماية الشعوب والأفراد من بغى الحكام وطغيانهم الذى يمارسونه معتمدين على النظم المستوردة التى تعطيهم الحق فى التشريع "الوضعى"، بحجة أن القانون من صنع الدولة ومن يتولون السلطة فيها (بالحق أو بالباطل)، وهو ما لاتقره شريعتنا التى تمتاز باستقلالها عن الدولة وحرمان الدولة من سلطة التشريع.

إن وجهة نظرنا هى أننا ندافع عن مبادئ أساسية تتعارض مع خطة الترقيع فى القوانين الوضعية؛ ونرى أنه لا بد من إقامة هيئات تشريعية علمية مستقلة تمارس الاجتهاد والإجماع على الأساس الذى تتميز به الشريعة عن النظم الوضعية المستوردة، وهو مبدأ عدم تدخل الدولة وسلطاتها فى التشريع لتكون الدولة وجميع سلطاتها خاضعة له وملتزمة بأحكامه، لا صانعة للقوانين ولا متحكمة فيها لما يحول القوانين إلى أداة لصالح من يتولون السلطة مهما تكن الطريقة التى أوصلتهم إليها؛ وتمكن البعض من أن يتخذوا القوانين الوضعية (التى يضعونها باسم الدولة) أداة لتعطيل حرية الشعوب فى اختيار نظمها وحكامها ومن يمثلونها سواء فى مجال التنفيذ والسياسة أو فى مجال الفقه والتشريع

❁ التعازير الشرعية تستنبط من المصادر الشرعية ولاتستورد من الخارج :

مع استقلال كل من هذين المجالين حتى لا يكون الجمع بينهما وسيلة للحكم الشمولى الذى يؤدى إلى حرمان الأفراد من ضمانات حريالهم وحقوقهم الإنسانية كما رأيناه عملا فى جميع النظم الشمولية.

إن دعوته للتكامل كان أولى بها أن تلقى ترحيبا من صانعى القانون الوضعى الذين لايعرفون فقهنا وشريعتنا ولايقدرونها، ومع ذلك فإن هذا الاتجاه التوفيقى والتكاملى لم يمنعهم من قتله ظلما وعدوانا .

والآن، أصبحت القضية فى يد الشعوب والجماهير التى اختارت المطالبة بالشريعة وتأييد هذه الشعارات كلما أتيح لها حرية الاختيار وأعيد لها حقها فى تقرير مصيرها ونظمها بانتخابات حرة .

❁ ❁ ❁

إن الشعوب اقتنعت بأن القضية هى قضية النظام السياسي؛ وليست كما تصورها فقهينا قضية قضاء نطالبه بأن يصحح وضعا تشريعيًا منحرفا لا مسئولية له فيه؛ ولذلك لانوافق على قوله بأن الأمر فى يد القضاة وأننا نطالبهم بتصحيح القوانين الوضعية التى تلزمهم الدولة بتطبيقها؛ لأن ذلك غير ممكن فى نظرنا ولو صاغ الأمر بدعوقم إلى "تكملتها" بأحكام التشريع الجنائى الإسلامى .

إن هذه التكملة التى يدعو إليها قد حصرها فى الالتزام بتطبيق عقوبات الحدود والقصاص؛ ظنًا منه أن "القوانين الجنائية الوضعية" يمكن للقضاة عَدُّها تعازير، وهى ليست كذلك فى نظر من فرضوها، لأننا أكدنا مرارا أن تقنين التعازير الشرعية يجب أن يكون أساسه استنباط الأحكام من مصادر التشريع الإلهى فى الكتاب والسنة أو النظريات والمبادئ التى تستمد منها، والفقه والعلم هو الذى يلتزم بكل ذلك، لأن للشريعة نظاما قانونيًا مستقلا متميزا يجب احترامه والاعتزاز به، لما يتعارض مع القوانين الوضعية القائمة على فرض النظريات والأحكام المستوردة من الخارج التى تختلف عن فقهنا وعلمنا فى منابعها وأصولها، كما قال السنهورى رغم أنه من أساطين الفقه العصرى ومشرعى المجموعات القانونية الوضعية .

عوده

٤٠٠- مدى حقوق أولى الأمر فى التحريم والعقاب: قلنا فيما سبق إن أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالا تاما حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقة به. ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال فى مصر، بأن الشارع المصرى نص فى لائحة ترتيب المحاكم على أن لاجريمة ولاعقوبة بلا نص، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصرى حيث ضمنه إياه[1]. وجمع الشارع الجرائم والعقوبات، والقواعد العامة للجريمة والعقاب فى كتاب واحد سماه قانون العقوبات، أصدره وأوجب العمل به، وجعل لكل جريمة عقوبة أو اثنتين على الأكثر، وجعل للعقوبة حدا أدنى وحدا أعلى ليس للقاضى أن يتجاوزه، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوافر شروط معينة. وقد قصد الشارع المصرى من كل هذا ألاّ يعاقب إلا على مانص عليه، هو من الأفعال المحرمة فى الحدود التى حددها، وبالعقوبات التى عينها، وعَدَّ كل ماعدا ذلك من الأفعال مباحا ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه، كالربا فالشريعة تحرمه فى كل أنواعه وصوره وأيّا كان مقداره، أما القانون فلا يحرم الربا إلا فى صور خاصة، وبشروط معينة. وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير، فالشريعة تحرم تناول هذه الأشياء وتعاقب على تناولها، والقانون لايحرمها ولايعاقب عليها. وبالإجمال، فإن الشارع أهمل النصوص الشرعية ولم يقم على تنفيذها، واكتفى بإقامة مانص عليه فى قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح.

هذا هو الذى فعله الشارع فى مصر، وقد فعل مثله فى غير مصر من البلاد الإسلامية، فهل فى قواعد الشريعة مايبرر فعل الشارع؟ وإلى أى حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان ؟ وسنستطيع الإجابة عن هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولى الأمر فى الشريعة، ومدى هذه الحقوق.

ومن المسلم به فى الشريعة، أن لولى الأمر فى تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق.

---

(١) نص الدستور المصرى على أنه لاجريمة ولا عقوبة بلا نص، متأثرا فى ذلك بالدساتير الأوربية، ولاشك فى أن واضعى الدستور قصدوا من هذا النص ماقصده واضعو الدساتير الأوربية، أى قصدوا ألاّ يعترفوا إلا بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها فى القوانين الوضعية. لكن هذا النص المصرى يتضارب مع نص أساسى من نصوص الدستور المصرى، وهو النص الذى يقضى بأن دين الدولة الرسمى هو الإسلام؛ لأن التزام الدولة الإسلام دينا لها معناه التزامها الشريعة الإسلامية شريعة لها، إذ الشريعة الإسلامية هى مجموعة القواعد التشريعية التى جاء بها الإسلام وأوجبها. فإذا فسرنا النص الأول كما يفسر فى الدساتير الأوربية، كان معنى ذلك إهمال النص الثانى وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية، وإذا أوجبنا العمل بالنص الثانى بحسبان أنه أساسى يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام، وجب أن نفسر النص الأول التفسير الذى يرفع التناقض بأن تقول إنه يسرى على الجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين معا.

عوده ٢٠١ـ الحق الأول : حق التحريم والإيجاب والعقاب : لولى الأمر أن يحرم

-٢٩٩- إتيان أفعال معينة أو يوجب إتيان أفعال معينة، وأن يعاقب على مخالفة الأمر الذى حرم الفعل أو أوجبه. وإذا كان لولى الأمر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها. وولى الأمر مقيد فى استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية؛ وبأن يكون قصده فى التحريم والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة، أو دفع مضرة أو مفسدة. وعلى هذا، فعمل ولى الأمر صحيح كلما كان فى حدود حقه، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيح فيما عدا ذلك. فليس لولى الأمر أن يهمل نصوص الشريعة، أو أن يمنع تطبيقها، فإن فعل فعمله باطل. وإذن، فالجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت؛ لأن النصوص التى حرمتها لم تنسخ وليس لولى الأمر حق نسخها. والجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائما بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون؛ لأن كل نص قانونى يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف. أما الجرائم التى تتفق فى أحكامها الشريعة والقانون، فيؤخذ فيها بحكم القانون؛ لا لأنه حكم القانون، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التى نصت عليها القوانين ولم تنص عليها الشريعة، فيؤخذ فيها بحكم القانون-٣٠٠-، مادام أنه ليس خارجا على مبادئ الشريعة العامة، وروحها التشريعية، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل به.

٢٠٢ـ الحق الثانى : حق تخصيص القضاء : لولى الأمر أن يخصص القضاء فيجعل الفصل فى الجرائم لقضاة معينين، ويجعل لبعضهم الفصل فى جرائم بعينها، وللبعض الآخر النظر فى بقية الجرائم، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات.

وحق ولى الأمر فى تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة، وروحها التشريعية، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لايقيد القضاة، ولايمنعهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل. فمثلا لولى الأمر أن يخصص قاضيا معينا بنظر جريمة السرقة، وآخر بنظر جريمة القتل، ولكن ليس له أن يمنع القضاة من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم كأكل الميتة، أو شرب الخمر، أو الردة أو منع الزكاة. ولولى الأمر أن يخصص قاضيا لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة، ولكن ليس له أن يمنع القاضى من نظرها على الوجه الذى حرمته الشريعة.

الصدر تعليق "رقم-٢٩٩-": فى زمان معين، وهكذا الإيجاب والعقاب .

الصدر تعليق "رقم-٣٠٠-": إن كان القانون قد شرع من قبل ولى الأمر الذى تجب طاعته.

عوده أن يحدد العقوبات–٣٠١– التى يملك القاضى توقيعها فى جرائم التعازير، ويلزمه ألاّ يوقع غيرها، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية. ويُعَدُّ القاضى مختصا بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليها القانون، مادامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التى خص قانونا بنظرها، ولاعبرة بسكوت ولى الأمر عن هذه الجرائم، لأن الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها، ولأن الشريعة لاتبيح بحال لولى الأمر أن يعطل نصوصها، فإذا عطلها لم يكن للقضاء أن يسايره، وكان على القاضى أن يطبق نصوص الشريعة، ويحكم بالعقوبة التى قررتها الشريعة مادام مختصا بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل تلك الجريمة المعطلة.

ويُعَدُّ القاضى مختصا بنظر الجريمة طبقا لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة. والعلة فى اختصاص القاضى هنا هى نفس العلة فى اختصاصه بالجرائم التى أهملها القانون ولم ينص عليها.

وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة؛ فالقاضى يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج–٣٠٢– على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية،

الصدر: تعليق "رقم–٣٠١–": مر علينا قريبا أن تحديد العقوبة من وظائف القاضى، وليست من وظائف ولى الأمر .

الشاوى: رأينا فى "تعليق–٣٠١–": إن السيد الصدر يؤكد ماقاله من قبل من عدم اختصاص رئيس الدولة الذى يصفه بأنه ولى الأمر، وهو وصف اعترضنا عليه لأن أولياء الأمر فى التشريع كما قلنا مرارا هم أهل الاجتهاد أو ممثلو الأمة فى الإجماع، وهو هنا يعترف للقاضى بالحق فى تحديد "العقوبة"، ويجب أن نشير إلى ماقاله مرارا من أن القاضى الذى يقصده هو فقط القاضى المجتهد، أما المقلد فإن واجبه أن يلتزم برأى من يقلده من أئمة الاجتهاد، وهذا هو مايتفق مع قولنا إن أهل الاجتهاد اليوم هم الذين لهم الحق فى تقنين التعازير وليسوا قضاتنا المقلدين .

الصدر: تعليق "رقم–٣٠٢–": بل بشرط أن يكون موافقا لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها، ولعل مراد المؤلف ذلك .

الشاوى: رأينا فى "تعليق–٣٠٢–": إن قوله باشتراط أن يكون القانون الوضعى موافقا لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها، نضيف له قولنا بأن "الموافقة" لم تعد كافية فى نظرنا لأننا قدمنا سابقا أنه يجب أن يكون التشريع مستمدا من مبادئ الشريعة وروحها وبذلك يكون تقنينا لفقهنا لا قانونا مستوردا نكتفى بوصفه بأنه لايخالف الشريعة أو أنه "موافق" لها .... إلخ . والذى يستطيع أن يقوم بذلك هم أهل الاجتهاد لارؤساء الدول ... الذين لاتتوافر فيهم أهلية الاجتهاد . والتعليقات التالية –٣٠٣– إلى –٣١٠– تؤيد ذلك .

عوده فإذا تحقق هذا الخروج، كان القاضى غير مختص بنظر الجريمة لأنه ليس له أن ينظر إلا مايتفق مع الشريعة، أو كان عليه أن يقضى بالبراءة لبطلان النص الذى حرم الفعل. وإذا كان من واجب القاضى شرعا أن يعاقب على كل جريمة تعزيرية نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون، فما هى العقوبة التى يجب على القاضى أن يطبقها فى هذه الحالة ؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة فى قانون العقوبات، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ؟

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التى قررتها الشريعة؛ وأنه لايجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون؛ لأن واضع هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة، ولكل عقوبة حدا بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم، ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التى نص عليها، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على مالم يفكر فيه واضع القانون، أو يدخله فى حسابه، وإنما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقا لما يراه القاضى ملائما لظروف الجريمة والمجرم. ذلك أن الأصل فى الشريعة أن لجرائم التعازير مجموعة من العقوبات تتدرج من أتفه العقوبات إلى أشدها، والقاضى هو الذى يعين العقوبة التى تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم. وليس القاضى ملزما بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة، وإنما له الخيار والتعيين، يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التى يراها ملائمة. فإذا جاء ولى الأمر وقيد سلطة القاضى فى جرائم التعزير التى نص عليها، أو فى بعض الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص هو أيضا عليها، فإن سلطة القاضى تظل على حالها فى الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون؛ لأن الأصل هو توسيع سلطة القاضى، والتقييد جاء من جهة ولى الأمر فى جرائم معينة وعقوبات معينة. فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لاقيد فيه، ويكون القيد فيما نص عليه ولى الأمر فقط. ومن ثم فللقاضى فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة دون القانون، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفى والقتل والحبس إلى غير أمد معين،وغير ذلك من عقوبات التعزير، وللقاضى الجزئى أن يوقع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل؛ لأن نية ولى الأمر -٣٠٣- ظاهرة فى قانون العقوبات فى أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنايات.

الصدار تعليق "رقم-٣٠٣-" : مر علينا مرارا أن مشرعى القوانين فى البلاد العربية ليسوا من أولى الأمر الذين تجب طاعتهم، وللقاضى أن يوقع جميع العقوبات. ولقد اشترط بعض فقهاء المسلمين ألاّ يصل التعزير إلى أحد الحدود الشرعية .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٠٣-": يكرر قوله فيما سبق وبينا رأينا فى التعليق السابق وكذلك التعليقات -٣٠٤-، -٣٠٥-، -٣٠٦- .

عوده أما جرائم التعزير التى نص عليها القانون مخالفا حكم الشريعة، فحكمها أن ماااتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون-٣٠٤-، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة عُدَّ غير منصوص عليه فى القانون، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون. فصور الربا التى لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية، والصور التى نص عليها ولايتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم. أما الصور التى يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية-٣٠٥-.

٢٠٣- **الحق الثالث** : **حق العفو**: من المسلم به فى الشريعة أن لولى الأمر حق العفو فى جرائم التعازير دون غيرها من الجرائم، فله أن يعفو عن الجريمة، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها، وله حق العفو سواء فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة، أو فى الجرائم التى نص عليها هو. وحق ولى الأمر فى العفو مقيد بألا يكون مخالفا لنصوص الشريعة، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة.

وإذا كان من حق ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة، فإن حقه فى العفو لايتولد إلا بتولد سببه، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة، ولايستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة. فليس لولى الأمر إذن أن يعفو مقدما عن الجرائم قبل وقوعها، أو عن العقوبات، قبل الحكم بها؛ لأن ذلك يُعَدُّ إباحة للأفعال المحرمة لاعفوا عن الجريمة أو العقوبة.

الصدر تعليق "رقم-٣٠٤-": لالكونه لما نص عليه القانون بل لكونه لما حكم به الشرع.

الصدر تعليق "رقم-٣٠٥-": لكونها من مصاديق العقوبات الشرعية.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٣٠٤-، -٣٠٥-": يكرر قوله فيما سبق. ونحن نقدر له تكرار ملاحظته أن شرعية القوانين الوضعية متوقفة على شرعية السلطة التى أصدرتها. وكنا نود لو أنه أبدى رأيه صراحة فى عدم جواز حسبان عقوبات هذه القوانين تعزيرات لأنها لم تستمد من مصادر الشريعة وأصولها – وأنها مستوردة من الخارج.

---

(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ إلى ٥٣٥.

عودة٥

ولاشك فى أن لولى الأمر أن يبيح الأفعال التى حرمها ابتداء-٣٠٦- إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. والعلة فى ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة، وإعطاء حق التحريم يقتضى إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضا، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح، مادامت المصلحة العامة هى التى استوجبت التحريم أو الإباحة.

أما الأفعال التى حرمتها الشريعة ابتداء فليس لولى الأمر أن يبيحها إطلاقا؛ لأنه ليس هو الذى حرمها حتى يكون له أن يبيحها؛ ولأن الشريعة لم تجعل له فى هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة، فقد نصت الشريعة على المعاصى التى رأت تحريمها بصفة دائمة وحددتها وأمرت بالعقاب عليها، ولكنها تركت لولى الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيرا من العقوبة، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيرا من العفو، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها، فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفوا عنها، ولايملك ولى الأمر أن يحل ماحرمه الله، وأن يبيح مالم يبحه الله، فإذا فعل فعمله باطل ولا أثر له.

والعلة فى منع ولى الأمر من إباحة ماحرمته نصوص الشريعة هى أن ولى الأمر لو أعطى له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبثا؛ لأن ولى الأمر يستطيع أن يعطلها فى أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتحريم.

وعلى هذا، لايصح القول بأن الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تُعَدُّ مباحة؛ لأن ولى الأمر ليس من حقه أن يبيح ماحرمته الشريعة. ولايصح هذا القول أيضا فيما يختص بالجرائم التى نص عليها القانون مخالفا الشريعة. كذلك ليس لأولى الأمر إباحة الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون، ولكن لأولى الأمر أن يبيحوا ماحرموه-٣٠٧- هم ولم تحرمه الشريعة.

ونستطيع بعد بيان حق ولى الأمر فى العفو أن نقول: إن الجرائم التى يحرمها ولى الأمر والعقوبات التى يفرضها على هذه الجرائم هى من حق ولى الأمر، فله أن يحرم اليوم، وله أن يبيح فى الغد ماحرمه-٣٠٨- وله أن يعاقب على ماحرمه وأن يعفو عن الجريمة-٣٠٩-

---

المصدر تعليق "رقم-٣٠٦-": مر علينا سابقا أنه ليس لولى الأمر أن يحرم ماأحله الله إلا فى ظرف خاص لمصلحة ملزمة، ومع ارتفاع المصلحة التى أوجبت الحرمة ترتفع الحرمة، فلا مجال للقول بأنه يبيحه بل يرفع نهيه ويرجع إلى حكمه الأصلى وهو الإباحة.

المصدر تعليق "رقم-٣٠٧-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا.

المصدر تعليق "رقم-٣٠٨-": أى يرفع الحرمة فيرجع إلى حكمه الأصلى وهو الإباحة.

المصدر تعليق "رقم-٣٠٩-" بمعنى أن يرفع حرمته فتخرج الجريمة عن كونها جريمة.

عوده كما يعفو عن العقوبة. ولا يقيد على ولى الأمر فى استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقا مع المصلحة العامة وبغرض تحقيق هذه المصلحة، أما الجرائم التى حرمتها الشريعة والعقوبات التى فرضتها فالأمر فيها جد مختلف، فكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم ليس لكائن من كان أن يحله، وكل عقوبة فرضتها الشريعة فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية فهى عقوبة لازمة واجبة ليس لولى الأمر أن يهملها أو يعفو عنها-٣١٠-. أما العقوبات التى فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهى وإن كانت لازمة وواجبة، إلا أن الشريعة أعطت لولى الأمر فيها أن يعفو عن العقوبة إذا كان العفو يحقق مصلحة عامة، وأن يعفو عن الجريمة إذا كان العفو يحقق هذه المصلحة، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو بأكثر من عقوبة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة، فحق ولى الأمر فى الجرائم والعقوبات التى فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعزير، وحق العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية.

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على أن إقامة عقوبات الحدود واجبة على ولى الأمر، فإذا أهمل-٣١١-إقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها

الصدر تعليق "رقم-٣١٠-": إلا فى صورة التوبة بعد ثبوت البينة بالإقرار كما تقدم ذلك منا فى أوائل الكتاب.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٠٦-إلى-٣١٠-": تدور حول صلاحيات "ولى الأمر" - ويجب أن نذكر بأن المقصود هو من له ولاية شرعية صحيحة، أما غيره ممن يتولون السلطة على غير أساس شرعى فولايتهم "واقعية" فقط كما قدمنا سابقا.

الصدر تعليق "رقم-٣١١-": ولى الأمر لايخلو بنظر الشيعة الإمامية من أحد شخصين، إما إمام معصوم، وإما من يترأس الدولة الإسلامية حال عدم وجوده وغيبته. أما الإمام المعصوم فلا يتصور فيه إهمال حد من الحدود لأنه ينافى فرض عصمته. نعم، قد يرى المصلحة فى تأخير إقامة الحد فى هذا الحال لايصبح لغيره أن يقيم الحد إلا بأمره، كما قد لايتمكن من إقامة حد من حدود الله فيجوز لغيره إقامته بإذنه. وأما إذا كان ولى الأمر غير الإمام المعصوم كان ينوب عن الإمام حال عدم وجوده وغيبته، فإن احتمل أن تركه للحد لم يكن عن إهمال وإنما أخر لمصلحة اقتضت ذلك بنظره فلا يصح لغيره إقامته إلا بإذنه. وأما إذا علم أن تركه كان إهمالا لواجبه فيسقط ولى الأمر عن مقامه ويجب على المسلمين تبديله بغيره، لأن من أهم شرائط ولى الأمر هو العدالة، ولاريب فى سقوط عدالته بمجرد تركه حدا من حدود الله، ومع عدم إمكان عزله وتبديله فيجب على أى فرد من المسلمين إقامته كما أقام أمير المؤمنين (ع) الحد على أخ عثمان بن عفان حينما أهمل الخليفة إقامة الحد ولم يقمه على أخيه الوليد.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١١-": يوضح رأى الشيعة فيمن تكون له الولاية الشرعية الصحيحة فى نظرهم، وقد ناقشنا آراءه فى هذا الصدد فيما سبق ... أما إقامة الحد من الأفراد، فلا نوافق عليه مطلقا كما سنبين ذلك عند دراسة "الإهدار".

(عوده) دون أن يُعَدّ مرتكباً لجريمة، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره.

ومعنى هذا أن الفقهاء يَعُدُّون إقامة الحدود من الفروض -٣١٢- التى تلزم جميع الأفراد حاكمين ومحكومين، ولاتسقط عنهم إلا إذا أقيمت، ولايجوز فيها عفو ولا إرجاء.

وأجمع الفقهاء أيضا على أن العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية حكمها حكم الحدود، فهى واجبة الإقامة مالم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة، فإذا أهمل ولى الأمر إقامتها كان للمجنى عليه أن يقتص لنفسه -٣١٣-، وكان لولى دم المجنى عليه أن يقتص من الجانى دون أن يُعَدّ القصاص فى هذه الحالة جريمة(١). واتفق الفقهاء على أن ولى الأمر ليس له أن يحل ماحرم الله، ولا أن يبيح مأثم بمنعه أيا كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم. ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولى الأمر -٣١٤- ليس له أن

الصدر تعليق "رقم-٣١٢-": بل من الفروض المختصة بالحاكم، ولايصلح لغيره إقامتها إلا فى فرض نادر أشرنا إليه سابقا .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٢-": يسرنا أن السيد الصدر قد أشار إلى أن إقامة الحد "من الفروض المختصة بالحاكم" ولايصلح لغيره إقامتها (إلا فى فرض نادر)، وإن كان لم يشر إلى هذا الفرض النادر.

الصدر تعليق "رقم-٣١٣-": إلا إذا كان ولى الأمر هو الإمام المعصوم فلا يمكن أن يكون تركه أو تأخيره عن إهمال ولابد أن يكون ذلك لمصلحة داعية لذلك، فلا يجوز لغيره الاقتصاص بدون رأيه إلا إذا فرض عجزه، فلولى الدم أن يقتص بعد الاستئذان منه.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٣-": اعترض السيد الصدر على قول فقيهنا فى المتن "بأن ولى الأمر إذا أهمل إقامة الحد فإن للمجنى عليه أن يقتص لنفسه من الجانى دون أن يكون ذلك جريمة."، لكنه بكل أسف قصر اعتراضه على حالة ما إذا كان ولى الأمر هو الإمام المعصوم كأن هذه ميزة لايشاركه فيها غيره.

وقد شرحنا رأينا بأن القصاص حق للقضاء وحده، ولايجوز لأى فرد سواء كان المجنى عليه أو غيره أن يدعى لنفسه حق إقامة الحد أو القصاص ....

كل ماهنالك أنه إذا فعل ذلك واعتدى على الجانى ظنا منه أن له حقا فى ذلك فلا يعاقب بالقصاص ولكن يبقى للقاضى الحق فى تعزيره.لأن الفعل جريمة ولايرى أنه يكون عملا مباحا .

وقد أشرنا لهذا الرأى فى تعليقنا على البند-١٩٧- وسنعود إليه فيما بعد ...

ونرى أن ذلك المقصود بقول فقيهنا والسيد الصدر بأن الفرد الذى يقيم الحد أو القصاص فى حالات الإهدار لا يُعَدّ مرتكبا لجريمة حدية - لكنه يستحق التعزير فى نظرنا دائما .

الصدر تعليق "رقم-٣١٤-": إنما يجب على ولى الأمر إذا كانت المصلحة الملزمة توجب التعزير وإلا فهو بالخيار بين إقامته وترك إقامته .

---

(١) الإقناع جـ ٤ ص ٢٤٤، الأم جـ ٦ ص ١٧١، حاشية البنائى جـ ٨ ص ١١٨، شرح فتح القدير ١١٢، ١١٣، ١٦٠، ١٦١ .

عوده

يتركه إلا إذا كان العفو خيرا من العقوبة، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها، كان له أن يعفو. وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة، ولصيانة النظام العام الذى تقوم عليه الجماهير وهو الإسلام، ولما كان ولى الأمر هو ممثل الجماعة الذى أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير، وألاّ يهمل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة. ففى هذه الحالة يسقط عن عاتق ولى الأمر واجب إقامة العقوبة(1).

ويرى الشافعى أن إقامة عقوبات التعازير حق لولى الأمر، وليست واجبا عليه، وأساس هذا الرأى أن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة، فله إذن أن يعاقب وألاّ يعاقب، وكل مايكون للإنسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجبا عليه(2).

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعى لايؤدى بأى حال إلى تعطيل النصوص التى جاءت بجرائم التعازير؛ لأن الشافعى لم يقل بأن لولى الأمر أن يعطل نصوص الشريعة أو أن يبيح ماحرمته الشريعة، إنما قال : إن لولى الأمر أن يعاقب أو أن يعفو. فالجريمة لاتزال فى نظرية الشافعى جريمة، وماحرمته الشريعة يحرم إتيانه. وإنما لولى الأمر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو، واستعمال ولى الأمر لحقه فى العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام، الذى يقتضى العفو عن العقوبة تارة، ويقتضى تنفيذ العقوبة تارات، وليس لولى الأمر ألاّ يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام؛ لأنه لم يمنح حق العفو عن العقوبة أو إيقاعها إلا ليكون قادرا على تحقيق مصلحة الجماعة وتثبيت نظامها، ولم يول أمر الجماعة إلا لحماية مصالحها وحفظ نظامها.

والواقع أن الشافعى لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة، أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير، وإنما قصد من وضع نظريته أن يقرر مسئولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير، من موت أو قطع عضو أو تعطيله وما أشبه. ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعى يتكلمون عن هذه النظرية فى باب ضمان المتلفات، ولايذكرون عنها شيئا فى باب التعزير، فهم يرون أن العقاب فى التعازير من حق ولى الأمر لأن له أن يعفو وألاّ يعفو، وأن يختار عقوبة دون عقوبة. وما دام ولى الأمر غير ملزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة، فهو مسئول عن

---

(1) حاشية البنانى وشرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٦،١١٥، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٤،٦٣، المغنى جـ ١٠ ص ٣٤٨.

(2) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٦٢،١٦٣.

عوده ضمان مايؤدى إليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغيرالعقوبة التى أدت لهذه النتيجة، وكان يستطيع ألاّ يعاقب. فإذا اختار عقوبة معينة فأدت إلى الموت مثلا فهو مسئول عن ضمان ماحدث، لأنه كان يستعمل حقا، والقاعدة فى الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة[1] -٣١٥-.

فالشافعى حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لاعلاقة لها بهذين الأمرين، هى إلزام الولاة بضمان سراية عقوبات التعازير[2]. فإذا استطعنا ألاّ ننسى هذه الاعتبارات، أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقا لولى الأمر عند الشافعى، فإن ولى الأمر ليس له أن يعطله إلا تحقيقا لمصلحة عامة. وهذه النظرية لاتكاد تختلف شيئا فى نتيجتها العملية عن نظرية مالك وأبى حنيفة وأحمد التى تجعل لولى الأمر ألاّ يعاقب تحقيقا لمصلحة عامة، وإن جعلت العقاب فى الأصل واجبا. النظريتان لاتختلفان فى نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة، وإن اختلفتا من الناحية الفقهية فى تقرير مسئولية ولى الأمر عن سراية العقوبة.

الصدر تعليق "رقم-٣١٥-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى إلى عدم الضمان لو أدى التعزير إلى التلف إذا رأى الحاكم أن المصلحة الملزمة تلزم بالتعزير الذى أمر به، وذهب بعض فقهاء المذهب الجعفرى إلى الضمان فى هذا الفرض.

---

(١) الأم الجزء السادس ١٧١، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٢.

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣.

في نظرنا أنه يحسن الإشارة إلى "أولياء الأمر" في التشريع بالجمع حتى لايُفهم أن من يسميه ولى الأمر في هذا الصدد هو رئيس الدولة. وقد سبق أن بينا أن الدولة كلها بما فيها رئيسها (سواء سُمِّى سلطانا أو ملكا أو رئيسا) وحكومتها، إنما هي مجرد أجهزة وهيئات مُلزَمة شرعا بالخضوع للشريعة وتنفيذها؛ وليس لها أو لسلطاتها أى حق في التشريع؛ لأن المشرع هو الله في كتابه الكريم وسنة رسوله الأمين، وقد أجاز للأمة بواسطة علمائها وأئمتها أن تكمل الأحكام الشرعية وتنميها بالاجتهاد والإجماع.

والقضاء في شريعتنا هو فرع من الفقه الشرعي وشريك في الاجتهاد، ولذلك فهو لايُعَدُّ من الأجهزة الإدارية للدولة؛ وأحكامه مثل أحكام الشرع كلها مُلزِمة للدولة ورئيسها وجميع "سلطاتها". فإذا صح عَدُّ القضاة من أولياء الأمر، فإنما ذلك بقدر ما لهم من علم وفقه، وبقدر مساهمتهم في استنباط الأحكام بالاجتهاد.. وهم يشاركون في الاجتهاد بقدر ما لديهم من علم وفقه والتزام بمصادر الشريعة وأصولها.

وكل ما ينسب إلى "ولى الأمر" من حقوق في هذه البنود، إنما يستند إلى أقوال فقهائنا السابقين. ويجب أن نراعى أن الفقه قرر هذه "الحقوق" لأولياء الأمر بحسبانهم مجتهدين، لأنهم كانوا يشترطون فيمن يرشح للخلافة أو الإمامة أو رئاسة الدولة الاسلامية أو القضاء أن يكون مجتهدا. فلا يجوز الاعتراف بهذه الحقوق لمن لا تتوافر فيهم هذه الصفة بعد أن أصبح رؤساء الدول عندنا غير مجتهدين منذ انتهى عهد الخلفاء الراشدين، ولذلك لانعترف لهم بالحق في إقامة الحدود التي يختص بها القضاء الشرعي المستقل عن الدولة وحده.

إنه قد عاب على القانون الجنائي الوضعي أنه لم يفرض عقابا جنائيًا على بعض المعاصي الشرعية – مثل الربا أو الزنا – وهذا نقص يجب معالجته بالتقنين الشرعي، لكن لايجوز مؤاخذة القانون الوضعي على التزامه بمبدإ أن الأصل في الأشياء الإباحة وأنه لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص؛ لأن هذا من أهم أصول شريعتنا؛ ونرى وجوب الالتزام به عند إعداد التقنينات الشرعية التي يكون هدفها حصر الأفعال المعاقب عليها جنائيا وتحديد عقوبة كل منها؛ تطبيقا للمبدإ الذى أفضنا وأفاض هو أيضا في شرحه، ألا وهو مبدأ لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص سابق على وقوع الفعل.

ولقد أشرنا من قبل إلى أنه لايجوز عَدُّ كل المعاصى جرائم جنائية، إلا إذا ورد في التقنين مقدما نص يعاقب مرتكبيها بعقوبة جنائية؛ وهذا النص يضعه أهل الاجتهاد الذين يراعون ظروف الزمان والمكان ومقاصد الشارع الحكيم – فقد لايرون أن يسووا بين الربا والزنا وما أشار إليه من "أكل الميتة والدم ولحم الخنزير" مثلا أو غير ذلك من المعاصى التى يمكن أن يكتفوا بأن يفرض عليها تدابير أو تعازير وقائية؛ لأن التعازير ليس من الضرورى أن تصل كلها إلى حد العقوبات الجنائية.

❁ مجلس القضاء الأعلى هو الذى يقوم بتخصيص القضاة، ويمارس اختصاصات قاضى القضاة، ويُعَدّجزءا من أهل الاجتهاد :

إننا نقول إن حق التجريم والعقاب – أى تقنين التشريع الجنائى – لاتملكه الدولة ولاحكوماتها، وإنما يُرجع فيه إلى "أهل الاجتهاد" لأنهم أقدر على التمييز بين المعاصى التى تصل إلى مستوى "الجريمة" المعاقب عليها بعقوبة جنائية، والمعاصى التى تكفى لمقاومتها التدابير التربوية والتعبدية والإصلاحية أو الوقائية.

وكنا نود لو أنه عرض علينا الآراء المختلفة فى فقهنا بشأن حق تخصيص القضاء؛ وهل يرجع للدولة ورئيسها بحجة أنهم يعينون القضاة، أم أنه يرجع إلى "قاضى القضاة" الذى يمثله الآن المجلس الأعلى للقضاء، الذى يتولى رئاسة القضاة والإشراف على جميع شئونهم حماية لاستقلالهم عن سلطات الدولة وهيئاتها التنفيذية. ورأينا هو أن مجلس القضاء الأعلى يجب أن يتكون من كبار رجال القضاء، وأن يكون مستقلا، وأنه هو وحده الذى يملك تخصيص كل قاض وكل هيئة قضائية فى نطاق نوعى وإقليمى معين؛ وفى هذه الحالة، وبهذه الشروط يلتزم القضاء بهذا التخصيص، ولايكون هناك داع لدعوة القاضى المقلد للخروج عن نطاق هذا التخصيص لأى سبب من الأسباب بحجة أنه يرى غير ما يراه مجلس القضاء الأعلى الذى حدد له اختصاصه.

وكما قدمنا فى كتابنا "فقه الشورى"، فإن مجلس القضاء الأعلى – الممثل للقضاء كمؤسسة شاملة لجميع درجاته – هو جزء من أهل الاجتهاد الذين يتولون عملية الاجتهاد والتقنين، كما أنهم يمثلون الأمة فى الإجماع ومخاصة الإجماع النسبى الذى نرى أنه الأداة الشرعية لإصدار التقنينات الشرعية (التى تقرها الأغلبية) لتكون ملزمة للجميع بلا استثناء، بمن فيهم القضاة وجميع أفراد المجتمع وأولهم الأقلية التى عارضت قرار الأغلبية.

كل ما يقوله فقيهنا للقضاة بشأن التزامهم بأحكام الشريعة وما يسميه التكامل بين الأحكام الشرعية والوضعية، إنما هو فى نظرنا موجه لمجلس الاجتهاد الذى يتولى التقنين والذى يدخل ضمنه المجلس الأعلى للقضاء الذى يتولى التخصيص– كمؤسسة لا القضاة – أفرادا كأفراد – لأن ذلك لم يعد من حقهم بعد أن أصبحوا مقلدين لا مجتهدين وملتزمين بمبدإ تخصيص القضاء.

خلاصة رأينا فى استقلال التشريع والقضاء :

إن التناقض بين القانون الوضعى والتقنين الشرعى يجب إزالته عن طريق نزع ولاية التشريع من هيئات الدولة وسلطاتها والمسئولين فيها، وحصره فى الهيئات التى تتولى الاجتهاد والتقنين بتفويض من الأمة ونيابة عنها، لابدعوة القضاة لتطبيق أحكام الشريعة وعدم تطبيق القانون الوضعى لما يعطى الدولة فرصة لإلزامهم بأن يتركوا ساحة القضاء للمنافقين الذين لايعرفون شيئا عن الشريعة ولايلتزمون بسيادتها ولايعرفون أحكامها ...

إننا نعتقد أن ما نقترحه هو التزام واضح وكامل بالمبادئ والنظريات العامة الشرعية الآتية:

1 – استقلال الشريعة عن الدولة وسلطاتها. ويترتب على ذلك عدم الاعتراف للدولة بسلطة تشريعية، سواء فى ذلك رؤساؤها أو من يمارسون سلطاتها المختلفة. وكل ما يسمى الآن السلطة التشريعية فى الدولة هو سلطة تنظيمية تماثل ما يعرف الآن بسلطة إصدار اللوائح، وتكون أنظمتها خاضعة لسيادة التشريع الإسلامى طالما كانت الدولة "إسلامية" أيا كانت الصيغة التى تقرر لها هذه الصفة. أما إذا تنكرت الدولة لالتزامها بالشريعة، فإن الأمة هى التى تستطيع تصحيح ذلك وليس القاضى المعين من قبلها، والملتزم بمبدإ تخصيص القضاء.

2 – حق التقنين من اختصاص من يتولون "الاجتهاد" من العلماء والفقهاء وأهل الذكر من الاختصاصيين فى الشئون المختلفة (العسكرية والعلمية والاجتماعية ... إلخ)، ويشاركهم فى ذلك مجلس القضاء الأعلى الممثل للسلطة القضائية كمؤسسة مستقلة عن الدولة، لأن القضاء فى مجموعه كمؤسسة هو فى نظرنا جزء من أهل الفقه وأهل الذكر الذين يساهمون فى الاجتهاد الجماعى.

3 – تقنين التعازير يكون هو مصدر التجريم، تطبيقا لمبدإ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ونحن نلتزم بمبدإ الإباحة الأصلية لكل فعل لا يوجد نص مقنن بتجريمه. ونرى أن التقنين يجب أن يشمل الحدود والقصاص، حتى لا يكون هناك خلاف فى القضاء بشأن هذه العقوبات المقررة ونطاقها.

4 – ليس للقضاة المقلدين حق فى التجريم، ولا لرؤساء الدول أو المسئولين فيها، لأنهم جميعا ليسوا مجتهدين. وإذا وجد منهم من هو فى مرتبة الاجتهاد (وهذا مستبعد حاليا) نرى أن الأولى أن يتفرغ للعلم وأن يتخلى عن كل منصب فى الدولة ليكون ممثلا للأمة فى عملية الاجتهاد، ويبقى فى مستوى غيره من أهل العلم والاجتهاد، ولا يتمكن من فرض رأيه على الناس بحجة أنه يمثل الدولة أو أنه رئيسها أو أنه يتولى أى منصب من مناصبها (بما فى ذلك منصب الإفتاء الذى هو مجرد منصب استشارى للحكومة التى تعين المفتى لذلك) ...

5 – مبدأ استقلال القضاء مكمل لمبدإ استقلال الشريعة، ومن مقتضياته ومستلزماته. وإن القضاء بكامله هو جزء من هيئة الاجتهاد ويمثله فى ذلك رؤساؤه الذين يشكلون مجلس القضاء الأعلى. ويلزم لضمان هذا الاستقلال أن يكون هذا المجلس هو الذى يعين القضاة لا الحكومة ولا أى وزير أو مسئول فيها – "ولو كان رئيس الدولة" – هذا المجلس هو الذى له حق تخصيص القضاة وهو الذي يعينهم ويشرف عليهم، وهم يلتزمون بهذا التخصيص الصادر من المجلس الأعلى المشرف وحده على كل شئون القضاة من ترقيات وتعيينات وتنقلات ومساءلة وتأديب .
ولا مانع من أن تصدر القرارات من رئيس الدولة، ولكن بناء على اقتراح مجلس القضاء، وهذا هو ما تستقر عليه الدساتير العصرية .

6 – الاجتهاد فى عصرنا وجميع العصور القادمة لم يعد فرديّا، وإنما هو جماعى يشارك فيه العلماء والفقهاء وأهل الذكر الذين تختارهم الأمة بالشورى الحرة سواء بالتشاور المرسل أو ضمن مؤسسة منظمة أو مجلس تختاره الأمة، دون تدخل من سلطات الدولة – على أن يوضح فى الدستور المؤهلات التى يجب أن تتوافر فى المرشحين لهذا المجلس حتى لا يتحول إلى مجلس سياسي، بل لا بد فى نظرنا أن يكون منفصلاً عن المجلس السياسي (سواء سمى مجلس الشعب او أهل الحل والعقد الذين تختارهم الأمة بالشورى الحرة لممارسة الاختصاصات السياسية دون التشريع).

7 – الإجماع النسبي هو إصدار للتقنين الذى أعده أهل الاجتهاد، ويصدر عن الأمة بالغالبية فى قرار بالشورى الحرة. ونقترح أن يكون إصدار التقنين بقرار من مجلس الاجتهاد، وإذا أصدره رئيس الدولة فيكون ذلك بناء على قرار من أهل الاجتهاد. ولامانع من أن يشارك فى إصدار القرار أهل الحل والعقد الذين اختارتهم الأمة بالشورى الحرة لممارسة السلطات السياسية، وبهذا يكون التشريع كله صادرا عن ممثلى الأمة ومستقلا عن الدولة ومهيمنا عليها، ولا يكون لها أو لأى من سلطاتها ممارسة سلطة التشريع ولا التدخل فى القضاء الذى هو جزء من الفقه .

8 – أعضاء مجلس الاجتهاد يختارون بالانتخاب الحر، وهم "أولياء الأمر" فى كل ما يتصل بالتشريع والقضاء. ولا يصح استعمال كلمة "ولى الأمر" بصورة تسمح بأن يكون المقصود منها رئيس الدولة الذى هو رئيس السلطة التنفيذية، ولا يحتج فى ذلك بما قاله السلف بشأن الخليفة أو الإمام لأنهم كانوا يشترطون فيمن يصلح للخلافة أو الإمامة (أى رئاسة الدولة الإسلامية) أن يكون قد بلغ مرتبة الاجتهاد ولم يعد ذلك ممكنا بعد قفل باب الاجتهاد الفردى. وقد أضفنا لذلك رأينا بأنه فى عصرنا الحاضر والمستقبل لو فرض

وورد من وصل هذه المرتبة من علماء عصرنا أو العصور القادمة، فمن الأفضل ألا يتولى رئاسة الدولة لأن ذلك قد يغريه بأن يفرض رأيه أو فتواه على الناس ويحرم غيره من أهل الاجتهاد من إبداء آرائهم – وهو ما حذر منه فقهاؤنا ولا يقره الفقه منذ عهد الخلفاء الراشدين.

9 – مجلس الاجتهاد يشارك فيه مجلس القضاء الأعلى، وهوالذى له ولاية التعزير بما فى ذلك تحديد العقوبات أو التدابير التى يمكن الحكم بها فى كل معصية أو جريمة، وليس ذلك للقاضى المقلد إلا فى الحدود التى ينص عليها فى التقنين. ولا يحتج بأقوال السلف بأن التعزير يتولاه القاضى لأنهم كانوا يشترطون فى كل قاض أن يكون مجتهدا – وهو مالم يعد ممكنا فى عصرنا ولا العصور التالية .. وبالتالى فلا محل لإعطاء القاضى المقلد الحق فى مخالفة التقنينات الصادرة من هذا المجلس بحجة أن "الشريعة" فيها ما يخالفه، لأن المفروض أن أهل الاجتهاد أو مجلس الاجتهاد الجماعى أعلم بالشريعة من غيرهم، وقد اختارتهم الأمة لينوبوا عنها فى ولاية التقنين والتعزير بالإجماع – النسبى – الذى يوصف دائما بأنه إجماع أمة محمد ...

10– أهل الاجتهاد أو المجلس الذى تختاره الأمة لذلك هو فى نظرنا الذى له حق العفو عن العقوبة أو الجريمة[1]، وليس ذلك لرئيس الدولة بحجة أنه "ولى الأمر" لأنه إذا كان ولى أمر ففى حدود اختصاصه التنفيذى كرئيس دولة تلتزم بالشريعة المستقلة عن الدولة والمهيمنة عليها ولها السيادة فى المجتمع، وعليه أن يلتزم بأحكامها التى "يصدرها" مجلس الاجتهاد المستقل عنه وعن الدولة – والذى اختارته الأمة لممارسة الإجماع باسمها ونيابة عنها. ولذلك، يوصف الإجماع بأنه إجماع الأمة وإن كان يتولاه من تفوضهم لذلك بصفتهم أهل الاجتهاد الجماعى وأهل الإجماع .

11 – القضاء الشرعى المستقل عن الدولة هو وحده الذى له حق تطبيق التشريع أو التقنين الجنائى، وله وحده حق تنفيذ العقوبات بما فى ذلك عقوبات الحدود والقصاص بل والإشراف على تنفيذ الجزاء الجنائى، بما فى ذلك الإشراف على السجون. ولذلك، فإننا لانرى أن الإهدار يسمح للفرد العادى أيًا كان – ولو كان هو المجنى عليه– بتوقيع الحد

---

(1) مع ملاحظة أن ما يقال بأن المجنى عليه له حق العفو عن القصاص – لا يُعَدّ فى نظرنا عفوا عن العقوبة ولا عن الجريمة، وإنما هو مجرد تنازل عن حقه فى طلب القصاص كعقوبة مشددة، لكن يبقى للمجتمع حق التعزير وهو الجزاء الأصلى فى جميع الأحوال .

أو القصاص أو التعزير، مهما تكن الظروف، إلا إذا كان ذلك بأمر القاضى وتحت إشرافه ومسئوليته؛ لأن ما نتركه على رئيس الدولة ذاته من تدخل فى القضاء أو العقوبات لا يمكن أن نسمح به للفرد العادى. وسنوضح رأينا فى ذلك فى موضعه عند الكلام على العصمة والإهدار.

* * *

إننا نقترح أن نلتزم الأسلوب العلمى والشرعى فى استنباط الأحكام انطلاقا من المبادئ والنظريات والمقاصد العامة للشريعة والتزاما بأصولها، ونفضل عدم استعمال المصطلحات الفقهية دون توضيح ما يلزم لكى نكون فى حدود المبادئ والأصول العامة، وبخاصة اصطلاح أولى الأمر أو ولى الأمر... أو الإمام أو اصطلاح التعزير أو الإهدار أو العصمة أو العفو... وما إلى ذلك...

ونرجو أن ينظر القارئ إلى رأينا كما ينظر إلى رأى فقيهنا ومن سبقه من الفقهاء القدماء والمحدثين على أن كلاً منها يحتمل الخطأ أو الصواب وليس نصا مفروضا لا يحتمل الجدال مثل نصوص القوانين الوضعية التى تفرضها الدولة ويدعى الشراح المعاصرون أنها تمثل إرادة "الدولة" أو بالأصح من يسيطرون عليها أو يدعون أنهم يمثلونها.

* * *

هذه هى الصورة المجملة التقريبية المنطقية لما نقترحه فى هذا الصدد، حتى لا نقع فيما انتقدناه من ترديد المصطلحات الفقهية دون إعمال المبادئ والنظريات العامة المتعددة المتداخلة، إذ من الواجب مراعاة ما تستلزمه هذه النظريات والمبادئ فى مجموعها ولا نقتصر على الاعتماد على الأحكام الفرعية، ولا على المصطلحات الفقهية دون أن نأخذ كلاً منها فى حدود المقصد العام الذى وضع من أجله.

لايمكن فى نظرنا عرض الأحكام دون إرجاعها إلى تلك المبادئ العامة التى لا يجوز تجاهلها ولا إعمال واحد منها دون مراعاة ما يستوجبه باقى المبادئ والنظريات.

هذا هو ما نرى أنه واجبنا فى هذه المرحلة من مراحل فقهنا التى وصفناها بأنها مرحلة "النظريات"، لأنها تعيد للفقه خصوبته، وتجعل تراثنا منبعا لأحكام مستقبلية فى القضايا المستحدثة التى لم تعرفها مجتمعاتنا من قبل، وبالتالى لا ندَّعى أن أسلافنا قد تعرضوا لحكمها، وإن كانوا تركوا لنا ثروة من المبادئ التى يجب علينا أن نتخذ كلاً منها قاعدة وأساسا لنظرية عامة، وأن نراعى هذه النظريات والمبادئ جميعها دون أن نعزل أحدها عن الآخر، ودون أن نعزل عنها الأحكام التفصيلية.

مرحلة المؤسسات فى الفقه والقضاء :

كما أننا الآن قد بدأنا مرحلة "المؤسسات" فى مجال الفقه والتشريع، بعد أن تجاوزنا مرحلة الأئمة مؤسسى المذاهب الذين اعترفت لهم الأمة بجميع أجيالها بأنهم مجتهدون، واتجه الفقه بعدهم إلى إعلان ما يسمى "قفل باب الاجتهاد" الذى سَوَّغوه بأن الزمان قد تغير، وأن ظروفا كثيرة قد ترتب عليها عدم إمكان توافر الشروط التى أجمع عليها العلماء لمنح هذه الصفة لشخص واحد، وأصبح من الضرورى أن يكون الاجتهاد عملا جماعيا يشارك فيه أشخاص كثيرون، نسميهم "أهل الاجتهاد" الذين نفترض أن تتنوع اختصاصاتهم ومؤهلاتهم بحيث يجعل منهم جمعًا يتوافر لديهم الشروط التى كانت تتوافر لدى إمام واحد من المجتهدين فى الماضى .

إن أهل الاجتهاد أصبحوا جماعة لا فردا — وهم يكونون مؤسسة تحل محل الإمام المجتهد. وفى الماضى كان حوارهم حرًّا مرسلا دون اجتماع فى مجلس، والآن يطالب البعض بأن يمثلهم "مجلس"، ولكن يخشى أن تتدخل الدول وحكامها فى شئون هذا المجلس بإدخال أعوانهم فيه ومنع معارضيهم من المساهمة فيه، لذلك لايمكن وجود مثل هذا المجلس إلا إذا توافرت ضمانات لاستقلاله واستقلال من يشاركون فيه، حتى لايسيطر عليه "فقهاء السلاطين" فيصبح مجرد واجهة للدولة أو حكومتها أو رئيسها .

هذا التطور فى مجال الاجتهاد يماثله تطور فى القضاء — من ناحيتين :

الأولى، أن فقهاءنا اشترطوا فى كل قاض أن يكون مجتهدا، وأعطوا له بهذه الصفة ولاية التعزير .

والأسباب التى أدت إلى قفل باب الاجتهاد الفردى فى الفقه، هى ذاتها التى أدت إلى أن أصبح القضاة فى عصرنا — وفى العصور التالية من باب أولى — "مقلدين"، وعلى درجات متفاوتة فى اختصاصاتهم أعلاها المحكمة العليا أو محكمة النقض التى تتولى الرقابة على صحة تطبيق التشريع، والمجلس الأعلى للقضاء (ويدخل ضمنه قضاة المحكمة العليا أو محكمة النقض) المختص بكل مايتعلق بتعيين القضاة وترقيتهم والإشراف عليهم ليكونوا مستقلين عن "الدولة" وحكومتها .

فى نظرنا أن مجلس القضاء الأعلى أو المحكمة العليا ومجموع الهيئة القضائية المتكاملة أصبحت هى المؤسسة التى تقوم بدور القاضى المجتهد فى الماضى — فى ولاية التعازير — وأنها لذلك هى التى تتولى تقنين التعازير، وأنها تمثل القضاء كهيئة، وتدخل بهذه الصفة ضمن "أهل الاجتهاد" بعد أن كان القاضى الفرد فى الماضى من المجتهدين .

* * *

بقى علينا أن نجدد فقهنا السياسى فى هذا الاتجاه المؤسسى .

فكل ما كتبه فقهاؤنا من شروط فى الخليفة أو الإمام أو الرئيس لم يعد من الممكن توافره فى فرد واحد حتى يمكن عَدُّه أنه هو ولى الأمر بحجة أنه رئيس الدولة، وأصبح من الضرورى تحديد اختصاصات رئيس الدولة والدولة ذاتها .

إن فقهنا لم يشر قط إلى الدولة، وإنما يتكلم عن "الأمة" . والأمة التى تمثلها مؤسسات متعددة قد تكون "الدولة" إحداها، ولكن لايجوز أن تحتكر تمثيل الأمة كما تفعل الدول ذات النظم الشمولية .

إن عصر الأئمة فى الفقه والاجتهاد قد تجاوزناه، وحل محلهم "أهل الاجتهاد" لعدم وجود من تتوافر فيه جميع الشروط التى قررها الفقه ليكون الشخص مجتهدا. أصبح القضاة "مقلدين" وليسوا مجتهدين كما كان الأمر فى الماضى. وإذا كان هناك قدر من الاجتهاد فى عصرنا الحاضر، فإن القضاء كله يمارسه كمؤسسة فى قمتها محكمة عليا ومجلس أعلى للقضاء، وتحل هذه المؤسسات بكاملها محل القاضى المجتهد .. ولها استقلالها عن الحكومة "والدولة" .

وقد قلنا فى كتابنا فقه الشورى: إن مايسمى الآن بالدولة ليس إلا إحدى المؤسسات فى "الأمة"، وتمثلها فى المجال السياسى فقط .

أما فى المجال التشريعى، فيمثلها "أهل الاجتهاد"، و"أهل الإجماع"، وهى المؤسسة المختصة بالتشريع ويتفرع عنها القضاء كمؤسسة وعلى رأسه المحكمة العليا.

وفى نظرنا أنه يوجد إلى جانب ذلك مؤسسات أخرى فيما يسمى الآن بالمجتمع المدنى، نرى أن تتمتع بقدر من الاستقلال عن "الدولة"، وذكرنا من أولها بيت المال الذى يتفرع عنه بيت الزكاة، ويلى ذلك الأوقاف التى نعتقد أنها كانت دائما محور النشاط الاجتماعى والعلمى والثقافى فى الأمة طوال عصور تاريخها، والحكم الشمولى يتجه إلى السيطرة عليها كما سيطر من قبل على بيت المال. إنه يتجه الآن للسيطرة على الأوقاف، بل وعلى الشركات وغيرها من "مؤسسات المجتمع المدنى"، وشجعه على ذلك تضخم فكرة الدولة فى الفلسفات الأوروبية التى صورت الأمة أو الشعب على أنه جزء من الدولة وعنصر من عناصر تكوينها مثل الأرض والحكومة ... وهو تصور لم تعرفه شريعتنا ولا فقهنا الذى يعترف بالأمة والفرد فقط، وما الدولة إلا جهاز تنفيذى ينوب عن الأمة فى تنفيذ أحكام الشريعة الإلهية والالتزام بها .

وإذا أردنا أن يكون لنا فكرنا السياسى المستقل عن النظريات الفلسفية المستوردة من أوروبا، فعلينا أن نبدأ بما بدأت به شريعتنا من إصلاح الأفراد والأمة على أساس الالتزام بالشريعة، وتحجيم فكرة "الدولة" لكى تكون إحدى مؤسسات الأمة وتابعة لها وفرعا منها، مهمتها الالتزام بالشريعة والخضوع لها وتنفيذها على أساس سيادة الشريعة.

وهذا هو ما يميز مجتمعنا ويحميه من التبعية الفكرية والسياسية للمجتمعات اللادينية وريثة الفلسفات اليونانية والرومانية والوثنية – كما أن عقيدة التوحيد تطهرها من رواسب الجاهليات الشرقية إذ جاء الإسلام لتحرير الناس من عبادة الفرد الحاكم المسيطر، والخضوع للشريعة الالهية بدلا من الاستسلام لسلطة الفراعنة والأكاسرة والقياصرة وأحكامهم السلطوية .

لقد آن الآوان أن نحرر فقهنا السياسى من فكرة وجود شخص يكون ولى الأمر، لأن ولاية الأمر فى الفقه والاجتهاد والقضاء يجب أن تكون مستقلة عن ولاية الأمر فى الشئون السياسية .

الدولة الإسلامية فى فقهنا خاضعة للشريعة وللإرادة الشعبية الشورية، وقيادتها جماعية يمثلها فى الجوانب السياسية والتنفيذية "أهل الحل والعقد" الذين يختارهم الشعب ويمثلونه، فى اختيار الحكام والإشراف عليهم، وتكون الدولة بذلك مؤسسة مدنية، لاتتغول ولاتفرض إرادة فردية على الأمة وشعوبها ولايمثلها فرد .

كما يمثلها فى مجال التشريع أهل الاجتهاد الذين تمنحهم الأمة فى مجموعهم هذه الصفة، وتفوضهم لاستنباط الأحكام من مصادرها الشرعية بعد انتهاء عصر الأئمة مؤسسى المذاهب وإجماعهم على الالتزام بمذهب معين أو رأى معين فى هذا المذهب يلزم الكافة، ولو كان إجماع الأغلبية (نسبيا فقط) .

ولايجوز أن يفهم من كلام فقهائنا أنه يعترف لحكومة استولت على السلطة بالقوة والغلبة بحق أن تطبق الحدود قبل أن يلتزم الحكام أنفسهم بمبادئ الشريعة فيما يتعلق بولاية السلطة. ونحن من جانبنا لانقر ماقاله من إلزام القاضى المسلم الذى تعينه مثل هذه الدول بأن يطبق الحدود؛ لأن معنى ذلك إعطاء الدولة التى عينته حق تطبيق الحدود بواسطة قضاتها (سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين)، ولأن هذا الواجب الذى يفرضه على من يَعُدُّه قاضيا مسلما سوف تستغله السلطات الباغية لتطبيق هذه العقوبات البدنية على المسلمين وحدهم لتدفعهم إلى كره الإسلام والتبرؤ منه هربا من تلك العقوبات، وخصوصا أن عقوبة الحرابة يمكن لفقهاء السلاطين أن يطبقوها على المسلمين الذين يطالبون بتطبيق الشريعة كما طبقوا على فقهائنا عقوبة الإعدام.

إن المبدأ الذى ننذكر به دائما هو أن تطبيق الحدود ليس من حق من فرضوا سلطتهم بالغلب والقوة؛ بل هو حق للدولة الإسلامية وحدها، وبالتالى لايجوز مطالبة مغتصبى السلطة بتطبيق الحدود، ولا السماح لهم بذلك، إلا بعد تصحيح أوضاع الدولة وإخضاع الحكام أنفسهم لمبادئ الشريعة .

الفصل الثانى
فى سريان النصوص الجنائية على الزمان

عوده ٢٠٤- *قاعدة أصولية*:- القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لاتسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها[1] -٣١٦-، فلاتسرى على الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها. ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعى، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم.

وليس فى كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعى للنصوص، ولكن ليس معنى ذلك أن الشريعة لاتعرف الأثر الرجعى ولم تتعرض له، فإن من يتتبع آيات الأحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة كاملة فى الأثر الرجعى.

ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الأحكام الجنائية: إن القاعدة العامة فى الشريعة هى أن التشريع الجنائى ليس له أثر رجعى،وأن هذه القاعدة العامة لها استثناءان :

أولهما : أن التشريع الجنائى يجوز أن يكون له أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام أو النظام العام.

ثانيهما : أن التشريع الجنائى يجب أن يكون له أثر رجعى كلما كان ذلك فى مصلحة الجانى.

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازى للشارع، فله أن يجعل للتشريع أثرا رجعيا بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة، والثانى وجوبى، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. وسندلل فيما يلى على القاعدة وما استثنى منها.

الصدر تعليق "رقم-٣١٦-": ذكرنا سابقا أنه لايشترط فى سريان النصوص الجنائية علم الناس بها، بل الشرط صدورها وتمكن المكلف من امتثالها، لبداهة صحة تكليف من لم يعلم مع تمكنه من امتثال ماكلف به. ولقد أشرنا سابقا إلى استحالة اشتراط التكليف بالعلم، إذ لو لم يكن التكليف متقدما على العلم فبماذا يتعلق العلم ياترى؟

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٦-": سبق أن أيدنا قول السيد الصدر بأن المقصود بشرط العلم بالنص الجنائى هو فقط إمكانية العلم، وقد أضفنا رأينا أن من واجب الجماعة ومن يمثلونها من أهل الاجتهاد القيام بكل مايمكن لتسهيل العلم على المكلفين جميعا، ويكون ذلك فى عصرنا الحاضر والمستقبل بتقنين النصوص الجنائية الذى أصبح ضروريا فى عصرنا. ومتى قامت الأمة بواجبها فى تعليم الأفراد وتعريفهم بأحكام الشريعة فإن العلم يكون مفترضا فى كل فرد، ولايستطيع أحد أن يدعى عدم علمه بالأحكام، ولايكون هذا الادعاء معطلا تنفيذها على الكافة .

---

(1) راجع الفقرة رقم ٨٧.

الآيات القرآنية التي أشار إليها فيما سبق[1] بحُسبانها أساسا لمبدإ الشرعية الذى تعبِّر عنه قاعدة "أنه لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص"، هى بذاتها مصدر هذا المبدإ الأصولى بأن "القوانين الجنائية تنفذ بعد صدورها وليس لها أثر رجعى". وهذه هى إحدى النتائج الحتمية لمبدإ الشرعية؛ وقد قلنا دائما بأن النص الذى يطبق على الفعل هو الذى يكون سابقا على وقوعه ويكون ساريا ونافذا عند ارتكابه....

وفضلاً عن ذلك فقد ذكر نصوصا وسوابق أخرى تؤيد هذا المبدأ العام الذى لاجدال فيه، ويكفينا ما نص عليه القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وما كنا معذِّبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء: 15]. ولنا تحفظ على قوله بأن نص الآية (22) من سورة النساء بتحريم نكاح زوجات الآباء طُبق مدنيّا بأثر رجعى، إذ إن من سبق أن تزوج واحدة من هذه الزوجات المحرمات وجب عليه أن ينفصل عنها لأنها لم تعد تحِل له – وليس فى ذلك أثر رجعى كما قال هو، بل هو أثر فورى[2]. ومثل ذلك بالنسبة للآية (3) والآية (23) من سورة النساء أيضا، وآية تحريم الربا وأمثالها؛ لأننا نفرق بين الأثر الفورى والأثر الرجعى، لأن معنى الفورية إنهاء حالة قائمة فور صدور الأمر بتحريمها ولو كان العقد أو التصرف الذى أنشأها سابقا على ذلك.

وعلى كل حال، فإن جميع هذه الأمثلة متعلقة بأحكام مدنية، ونحن هنا فى نطاق التشريع الجنائى.

وما عَدَّه استثناءات من هذا المبدإ الأصولى يحتاج منا إلى تفصيل لأننا لا نوافق على أقواله بشأنها. وسنبين رأينا عندما نستعرض كلاً منها على حدة بعد عرض القاعدة العامة – فيما يلى:

(1) يُراجع البند (112) وما بعده.

(2) ولو قلنا بأن له أثرا رجعيا لكان معنى ذلك أن يكون الأطفال الذين ولدوا يبطل نسبهم، أو أن المعاشرة السابقة كانت محرمة وزنا .... إلخ.

عوده ٢٠٥ـ القاعدة العامة "لارجعية فى التشريع الجنائى" :ـ فأما القاعدة العامة. فهى مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها، فقد نزلت جميع الأحكام التى حرمت المعاصى بعد أن فشا الإسلام، فلم يعاقب بها على الجرائم التى وقعت قبل النزول، عدا جريمة القذف وجريمة الحرابة، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول. ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى، ولهذا سنكتفى باستعراض الجرائم المهمة.

فالزنا حرم فى أول الإسلام، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة، وهى الإيذاء والحبس فى البيوت طبقاً لقوله تعالى: ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا * واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء:١٥، ١٦].

ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك-٣١٧-، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور:٢]. وطبقاً لقول الرسول: "خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة". ولو كان للتشديد أثر رجعى لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التى وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين، ولكن لايُعْلَم أن أحداً جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا. ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثر رجعى-٣١٨-.

الصدر تعليق "رقم-٣١٧-": أى أن الآية الثانية نسخت الأولى، وقد ذكرنا سابقا أنه لانسخ فى المقام لعدم إمكان نسخ الآية المباركة إلا بآية متصلة لها. كما ذكرنا أنه لانسخ إلا مع اتحاد الموضوع فى الآيتين وعدم إمكان اجتماع الحكمين. وقد ذكرنا سابقا أن الآية الأولى غير مختصة بالزنا والآية الثانية مختصة بالزنا ومخرجة له عن عموم الآية الأولى، لا ناسخة لها. كما لامانع من اجتماع الحكمين: فالحكم المذكور فى الآية الأولى لأجل المنع من تكرار الجريمة، فهو حكم وقائى، والحكم المذكور فى الآية الثانية لمعاقبة المجرم، فهو حكم تأديبى.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٧-": يهمنا ماتضمنه من أن الآية الخاصة بالفاحشة فى سورة النساء هى حكم وقائى لم ينسخ بالنص على عقوبة الزنا فى سورة النور. ونحن نقر ذلك، وسبق أن قلنا إنه يفيدنا فى تضييق نطاق النسخ فى النصوص القرآنية وهو الاتجاه الذى ذهب له كثيرون وقد أيدناه.

كذلك يؤيد الرأى القائل بعدم وجود أى استثناء على مبدإ عدم رجعية النصوص الجنائية.

الصدر تعليق "رقم-٣١٨-": كما يشهد له ظهور نفس الأدلة من أنها فى مقام بيان عقوبة من سيصدر منه الزنا فلا تشمل من زنا سابقا، وهكذا جميع الجرائم التى سيذكرها المؤلف بعد ذلك.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٨-": يؤيد السيد الصدر ماقاله فقيهنا فى المتن من أن النص المعاقب على جريمة الزنا – (فى سورة النور– الآية رقم (٢)) – لم يكن له أثر رجعى، وكذلك النصوص الأخرى التى ذكرت فى المتن (فى سورة النساء الآيات ٢٢و٢٣ والمائدة رقم ٩٠ ورقم ٣١ والبقرة ٢٧٨ و٢٧٩ والمائدة رقم ٩٥)، لكن لانوافق على ماقاله فقيهنا من أنها جميعا نصوص جنائية، لأن من بينها نصوصا متعلقة بالأحوال الشخصية ولايترتب على مخالفتها عقوبة إلا إذا وجد نص بذلك...

عوده

وحرم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزا، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهان : أحدهما : جنائى، والثانى : مدنى. فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقدا من العقود. وقد عَدَّت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة، ولكنها لم تجعل للنص أثرا رجعيا حيث قال الله تعالى : ﴿ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ماقد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا﴾[النساء:٢٢]. فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التى وقعت بعد نزوله والعلم به، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد، ولم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية، فلم يعاقب أحد ممن فسخت زيجاهم لقوله تعالى : ﴿إلا ماقد سلف﴾.

وكذلك كان الحال فى تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم، فقد عدد النص القرآنى المحارم اللائى يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ماقد سلف إن الله كان غفورا رحيما﴾ [النساء:٢٣]. وقد ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين فى الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية، ولكن لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية، فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التى تمت قبل نزول النص لقوله تعالى فى آخر الآية : ﴿إلا ماقد سلف﴾.

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة، فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : ﴿فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء:٣]، فرق بين الزوج-٣١٩- ومازاد على الأربع، ولم يعاقب زوج على ماحدث منه قبل نزول النص، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية، ولكن لم يكن له أثر رجعى من الناحية الجنائية.

الصدر تعليق "رقم-٣١٩-": ولم يستثن من هذه القاعدة إلا النبى (ﷺ) لأن نساءه أمهات المؤمنين ولايصح لهن أن يتزوجن أحدا لو فارقهن (ﷺ)، ولكنه (ﷺ) لم يتزوج بعد نزول هذه الآية المحددة لعدد النساء بأى امرأة. فما قيل من أنه (ﷺ) أباح لنفسه تعدد الزواج أكثر من أربع ولم يبحه لسواه لا أصل له، بل أجاز الله له الإبقاء على نسائه لعدم إمكان زواجهن بغيره.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣١٩-": يشير السيد الصدر إلى عدم تطبيق نص [الآية:٣]. من سورة النساء على الرسول الكريم . ولكن لانوافقه على إقحام ذلك فى دراستنا الخاصة بالنصوص الجنائية لأن هذا حكم مدنى - وقد أشرنا إلى رأينا فى مناقشتنا للتعليق السابق رقم ٣١٨ .

<عوده> وحرمت الخمر والميسر على مراحل، فنهى المسلمون أن يقربوا الصلاة وهم سكارى بقوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سُكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ [النساء:٤٣]. ثم بين الله لهم أن فى الخمر والميسر إثما ومنفعة وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال: ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾[البقرة:٢١٩]. ثم حرم الله الخمر والميسر بعد ذلك تحريما قاطعا حيث قال: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة:٩٠]. وجعل الرسول حد الشرب الجلد، وعقوبة الميسر التعزير، ولكن لانَعْلَمُ أن أحدا عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم. ولانعلم أن نصا من نصوص التحريم كان له أثر رجعى. ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التى حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعى.

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه: ﴿والسارق والسارقة فأقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾ [المائدة: ٣٨]. ولانعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله. ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعى.

وحرم الله الربا – وكان مباحا – بقوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة : ٢٧٥]. وبقوله: ﴿يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين * فإن لم تفعلوا فَأْذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لاتَظْلِمُون ولاتُظْلَمُون﴾[البقرة:٢٧٨،٢٧٩]. فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجه. وعملا مدنيا من وجه آخر، وجاءت النصوص المحرمة بحكمين: أحدهما: جنائى. والآخر: مدنى. فأما الحكم الجنائى فيقضى بأن لاعقاب على الربا السابق على نزول التحريم. وأن العقاب على مابعده فقط. وأما الحكم المدنى فيقضى بأن ليس للدائن غير رأس ماله فقط. فالحكم الجنائى ليس له أثر رجعى، والحكم المدنى له أثر رجعى يعود إلى الوقت الذى انعقد فيه العقد الربوى.

وحرم الله على المحْرِم قتل الصيد. وجعل على قتله عقوبة، ولكنه عفا عما سلف ليبنه على أن النص ليس له أثر رجعى، فقال : ﴿يأيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حُرُمٌ ومن قتله منكم متَعَمِّدا فجزاءٌ مثْلُ ماقَتَلَ من النَّعَمِ يَحْكُمُ به ذَوَا عدْلٍ منكم هَدْيًا بالغ الكعبة أو كفارةٌ طعامُ مَسَاكِينَ أو عَدْلُ ذلك صياما ليذُوقَ وبالَ أمرِه عفا الله عَمَّا سَلَفَ ومن عاد فينتقمُ الله منه والله عزيزٌ ذُو انتِقَام﴾ [المائدة: ٩٥].

عوده هذه هي بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعي، وهي في هذا تدلنا على طريقة الشريعة في التشريع الجنائي، وترشدنا إلى قاعدة الشريعة العامة.

ويستطيع القارئ أن يلاحظ أن بعض النصوص صرحت بالعفو عما سلف أي بانعدام الأثر الرجعي، والبعض الآخر لم يصرح به، وليس لهذا في ذاته أهمية؛ لأن النص على العفو عما سلف، أي عما حدث قبل نزول النص، يُعَدُّ في ذاته نصا عاما مقررا للقاعدة عامة-٣٢٠-، ولو أنه جاء ضمن نص خاص، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لا على الحالات التي اقترن بتحريمها دون غيرها. وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضي بأنه: "لا تكليف شرعا إلا بفعل ممكن، مقدور للمكلَّف، معلوم له علما يحمله على امتثاله"-٣٢١- ويتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضي بأن: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص". كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموما، فالله جل شأنه يقول: ﴿وما كنا معذّبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء: ١٥]. ويقول: ﴿وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون﴾ [الشعراء: ٢٠٨]. ويقول: ﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون﴾ [القصص:٥٩].

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة في التشريع الجنائي تقضي بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعي، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لارجعية في التشريع الجنائي.

الصدر تعليق "رقم-٣٢٠-": كيف يُعَدُّ نصا عاما يتراءى بعد أن كان مورده خاصا؟ ولكن لايتوقف عدم الأثر الرجعي على التصريح بالعفو كما عرفت من ظهور الأدلة في الحكم على مايصدر منه في المستقبل.

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٢٠-": يشير السيد الصدر إلى أن مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية حكم أصولي عام ولم يكن مبنيا على ماورد في بعض النصوص من "العفو عما سلف". ولايستمد من ذلك، ونحن نؤيد ذلك .

الصدر تعليق "رقم-٣٢١-": مر علينا آنفا إمكان التكليف بغير المعلوم مع التمكن من امتثاله .

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٢١-": ماقاله السيد الصدر هو تأكيد وتكرار لما قاله في التعليق رقم-٣١٦-، وقد أبديناه وقلنا إن العلم مفترض دائما متى قام المجتمع بواجبه في تعليم أفراده .

ذكر لنا أمثلة كثيرة تؤيد أن المبدأ العام في التشريع الجنائي الإسلامي أنه ليس لأحكامه أثر رجعي.

أما ما أشار له من وجود آراء تخالف هذا المبدأ فنحن لا نقرها. وقد أشرنا إلى ضرورة ملاحظة أن الأثر الفوري لايجوز الخلط بينه وبين الأثر الرجعي.

كذلك أشرنا إلى ضرورة التفرقة بين الأحكام المدنية والأحكام الجنائية، وأن كثيرا من الأمثلة التي ذكرها خاصة بالمسائل المدنية – بل والتكليفية – وعلاقتها بالتشريع الجنائي نائجة عن أن تحريم بعض الأفعال يجعلها معاصي دينية وأخلاقية من يوم صدور التحريم لا قبله، وقد جرى على القول بأن جميع المعاصي أو المحرمات تستحق التعزير، لكن بعد صدور الحكم بالتحريم...

لكن رأينا الذى ما زلنا نذكر به هو أننا في مرحلة جديدة في تشريعنا تستوجب التقنين – أى وجود نصوص فقهية مقننة تبين كل جريمة على حدة وعقوبتها – ولذلك فلم يعد من حق قضاتنا (وهم مقلدون) أن يفرضوا عقوبة جنائية إلا على الأفعال التي ينص التقنين أو الفقه على عقوبة جنائية تفرض على مرتكبها.

كما نذكر برأينا أن مبدأ جواز "التعزير" عن فعل ما لا يجوز عَدُّه دليلا على أنه أصبح جريمة حتما، لأن التعازير كما قدمنا تشمل تدابير تعبدية وتهذيبية ليس من المصلحة وصفها بأنها عقوبات جنائية. إننا حذرنا لما يسير عليه البعض من يَعُدُّون كلمة "تعازير" مرادفة لكلمة "عقوبات جنائية"، والصواب في نظرنا أن بعض التعازير فقط هي عقوبات جنائية وما عداها قد يكون تدابير وقائية أو تعبدية أو تهذيبية أو إرشادية من الوجهة الدينية.

أهم ما ورد في هذا البند هو أن ما ورد في بعض النصوص من أن الله "عفا عما سلف" إنما يشير إلى مبدإ عام وقاعدة عامة (ص ب/ 361) رغم أن نصوصا أخرى لا يرد فيها هذا التحفظ أو هذا النص. ويسرنا إشارته إلى "المبادئ الأساسية والأصول الشرعية" العديدة التي تؤكد هذا المبدأ.. وكذلك الآيات القرآنية..

إن الأسلوب الحكيم في الفقه يوجب أن نشير إلى ما يربط كل حكم فرعي بأصوله العامة في القرآن أو السنة أو الأصول الفقهية التي نسميها نحن "نظريات عامة".

ويسرنا أن يشير إلى أن ذلك كله "يقطع بألا رجعية فىالتشريع الجنائي".

وهذه العبارة الواردة فىنهاية البند تؤيد رأينا في تعليقنا على البند التالى الذى نختلف معه فيما ذهب إليه من جواز رجعية بعض الأحكام الجنائية...

عو٥٥

٢٠٦ـ الاستثناء الأول : جواز الرجعية فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام والنظام العام : إذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لا رجعية فى التشريع الجنائى، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن أو النظام العام. ومن الأمثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحرابة والظهار-٣٢٢-، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص.

وفى نص القذف خلاف. فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك، فلما كان هذا الحادث وبرأ الله عائشة منه، طبق النص على القَذَفَة، وعوقبوا بالعقوبة التى يقررها. وإذا صح هذا الرأى لم يكن لنص القذف أثر رجعى، حيث لايعلم أنه طبق على وقائع سابقة على نزوله.

ويرى البعض – ورأيهم هو الراجح – أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك-٣٢٣-، فإذا صح هذا الرأى كان لنص القذف أثر رجعى، إذ الثابت الذى لاخلاف فيه أن رسول الله حد القذفة، فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله.

ويمكن أن يعلل الأثر الرجعى للنص بما ترتب على الحادث الذى نزل فيه النص من آثار مهمة، فقد قذف جماعة زوج النبى، وخاضوا فى عرضها؛ وآذوها وآذوا النبى بالإفك الذى قالوا؛ حتى اضطرب المجتمع الإسلامى اضطرابا شديدا؛ وكاد المسلمون يقتتلون. فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس فى هذا الأمر، وقال: "يامعشر المسلمين من يعذرنى فى رجل قد بلغنى أذاه فى أهلى، فوالله ماعلمت على أهلى إلا خيرا، ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيرا، وماكان على أهلى إلا معى". فقام سعد بن معاذ الأنصارى فقال: أنا أعذرك منه يارسول الله، إن كان من الأوس ضربنا عنقه، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك. فقام سعد بن عبادة فقال: – وهو سيد الخزرج – وكان رجلا صالحا ولكن احتملته الحمية : أى سعد بن معاذ، لعمر الله لاتقتله، ولاتقدر على قتله. فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمة سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة: لعمر الله لنقتلنَّه، فإنك منافق تجادل عن المنافقين . فتأثر الحيان : الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ،

الصدر تعليق "رقم-٣٢٢-": سيأتى الكلام فى كل من هذه الجرائم الثلاث .

الصدر تعليق "رقم-٣٢٣-": لم يثبت ذلك عندنا، والرواية المثبتة له ضعيفة السند. ولو سلمنا اعتبارها فلا يكون للآية أثر رجعى، وإنما شمل حد القذف من اتهما أم المؤمنين عائشة لأن المتهمين كانوا متلبسين بجريمة القذف حين نزول الآية ومصرين على قذفهم لها، فلذا لم يعاقب رسول الله (ﷺ) سواهم ممن صدر منه القذف قبل نزول الآية المباركة. وهكذا الكلام فى آيتى الحرابة والظهار .

عوده ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا[1]. فهذا الحادث الذى أهم المسلمين، وكاد يوقع الفتنة بينهم، والذى أنزل الله فيه قرآنا، هو حادث مهم يمس أمن الجماعة ونظامها، وهو أحق ما يُجعل للنصوص فيه أثر رجعى؛ لأن العقوبة فى مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ماخلفته الجريمة من آثار.

وقد اختلفوا أيضا فى أسباب نزول آية الحرابة، والذى عليه الجمهور أنها نزلت فى العُرَنيين، وهم قوم من عُرَيْنَة، قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجْتَوَوْا المدينة، فأمر لهم الرسول بلقاح، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها، فانطلقوا. فلما صحوا قتلوا الراعى واستاقوا النعم، فأرسل الرسول فى أثرهم فجىء بهم، فأنزل الله تبارك وتعالى فى ذلك قوله : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتَّلوا أو يصلَّبوا أو تقطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنفَوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة: ٣٣]. وقيل: إن الآية نزلت فى قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد، وقطعوا السبيل وأفسدوا فى الأرض. وروى ابن جرير أن الآية نزلت عتابا للنبى-٣٢٤-؛ لأنه قطع أيدى العرنيين، وتركها دون حسم، وسمل* أعينهم كما سملوا عين الراعى فنزلت الآية تحريما للمثلة[2].

فإذا صحت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب العرنيين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقا لقوله تعالى: ﴿وجزاءُ سيئة سيئةٌ مثلها﴾[الشورى:٤٠]. وقوله: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدىً عليكم﴾ [البقرة:١٩٤].

الصدر تعليق "رقم-٣٢٤-": لايمكن الاعتماد على هذه الرواية لأنه إن صح أن النبى كان قطع أيدى العرنيين وتركها دون حسم وسمل أعينهم فقد قام بما هو تكليفه قبل نزول الآية المباركة، فكيف يعاتبه ربه ياترى مع أنه ليس فى الآية المباركة مايستفاد منه أى عتاب أو تأنيب؟

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٢٢- إلى-٣٢٤-": نحن نؤيد تماما كل ماقاله السيد الصدر فى اعتراضاته على قول فقيهنا بأنه وجد استثناء لمبدإ عدم رجعية النصوص الجنائية فيما يتعلق بحد القذف - والحرابة - وقد سبق أن قلنا بأننا نعارض هذا القول، ولانوافق على أى استثناء للمبدإ الأصولى العام بعدم رجعية النصوص الجنائية - لافى جرائم القذف ولا فى غيرها، ولانوافق على ترجيح الروايات التى تؤيد التطبيق الرجعى لبعض الأحكام، ونرى أن فقيهنا لم يكن فى حاجة لترجيح صحتها .

---

(١) تفسير الطبرى جـ ١٨ ص ٥٣، تفسير الألوسى جـ ١٨ ص ٧٩، تفسير الشهاب على البيضاوى جـ ٦ ص ١٥٩ .

(٢) تفسير الطبرى جـ ٦ ص ١١٩، تفسير المنار جـ ٦ ص ٣٠٢، تفسير القرطبى جـ ٦ ص ١٤٨ .

* سَمَلَ العيْن : فقَأَها بمسمار أو حديدة محْماة .

عودة

وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعلة.

ويترتب على صحة هذه الرواية أن لايكون للنص أثر رجعى؛ لأنه لم يطبق على حالة سبقت نزوله.

وإذا صحت الرواية القائلة: بأنها نزلت لعقاب العُرَنيين، أو الرواية القائلة: بأنها نزلت فى قوم مشركين، فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة لفعل سابق عليها، ومن ثم يكون لها أثر رجعى. والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العُرَنيين، وعلى هذا يكون الرأى الراجح أن الآية لها أثر رجعى.

ولاشك فى أن المصلحة العامة هى التى اقتضت أن يكون للنص أثر رجعى، فقد كان حادث العرنيين فظيعا، يوشك لولم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرئ الناس على المسلمين، وعلى النظام الجديد، وأن يشجع على قطع الطريق، وزعزعة الأمن والنظام، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة. ولكن العقاب الرادع يقتضى أن يُجعل للنص أثر رجعى، فجُعل له هذا الأثر حفظا للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها، كما جُعل لنص القذف أثر رجعى، لتقطع الألسنة وتهدأ الفتنة وتستكن النفوس الثائرة؛ فحفظ الأمن وحماية الجماعة ونظامها هو الغرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعى للنص الجنائى.

وإذا كان هناك خلاف فى أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة، فإنه لاخلاف فى أسباب نزول آية الظهار. وإذا كان الخلاف فى أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة مما يدعو إلى الشك فى أن الشريعة تجيز الرجعية فى التشريع الجنائى، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة، مما يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى. وهذا الذى تقطع به آية الظهار ينهى الخلاف فى القائم فى آيتى القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها، ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعى.

ولقد كان الظهار[1] فى الجاهلية وفى أول الإسلام طلاقا، أى أنه كان تصرفا يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهاؤه، ولم يكن يُعَدّ جريمة، حتى ظاهر أوس بن الصامت من زوجته خولة، فقال لها : أنت على كظهر أمى. فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه، فقالت : يارسول الله، طالت صحبتى مع زوجى، وأكل شبابى، ونثرت له بطنى، حتى إذا كبر سنى، وانقطع ولدى ظاهر منى.

(١) الظهار هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من النساء بوطء من تحرم عليه منهن تحريما مؤبدا بنسب أو صهر أو رضاع، وكانت العرب تكنى عن ذلك بالظهر، فيقول الرجل منهم، امرأتى علىَّ كظَهْر امى، ولذلك سمى ظهارا لأنه مأخوذ من الظهر.

<عود٥> فقال رسول الله : حرمت عليه. فقالت أشكو إلى الله فاقتى إليه. ثم قالت: يارسول الله، طالت صحبتى مع زوجى، ونفضت له بطنى، وظاهر منى. فقال رسول الله: حرمت عليه. فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت، وصاحت إلى الله أشكو فاقتى. فنزل الوحى وقد قامت عائشة رضى الله عنها تغسل شق رأسه الآخر، فأومأت إليها عائشة أن اسكتى. فلما قضى الوحى قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعى لى زوجك، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى : ﴿قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير * الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور * والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير * فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم﴾ [المجادلة : ١- ٤].

هذه الآيات التى نزلت فى الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذى كانوا يطلّقون به نساءهم منكر من القول وزور، والمنكر من القول هو الذى لايعرف حقيقته، والزور الكذب. وإنما قال الله فيه إنه كذب؛ لأنهم صيروا به نساءهم كأمهاتهم، وهن لايصرن كأمهاتهم ولا كذوى محارمهم؛ لأن ذوى المحارم لايحللن للظاهر أبدا. كذلك حرم الظهار وعاقب عليه، فأخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه.

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال: يارسول الله إنى إذا لم آكل فى اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصرى. قال: فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا ؟ قال: لا، يارسول الله إلا أن تعينى، فأعانه رسول الله، فأطعم ستين مسكينا، وراجع زوجته[1].

وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص، فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعى.

(١) المقدمات لابن رشد جـ ٢ ص ١٤٠، ١٤١.

برغم إطالة فقيهنا فى شرح القول بأن الشريعة أو بالأصح السنة النبوية أجازت أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى فى حالة الجرائم التى يصفها بأنها خطيرة تمس النظام العام، فإن لنا تحفظا على هذا الرأى لأن مرجعه هو عدم التفرقة بين أحكام العقوبات الجنائية وغيرها من الأحكام الدينية المتعلقة بالعبادات أو الأحوال الشخصية أو القيم الأخلاقية أو السلوكية (مثل الظهار)، أو مرجعه ترجيح أقوال تتعارض مع المبدإ القرآنى بعدم رجعية الجزاءات الجنائية وهو ما لا يجوز بأى حال – كذلك لايجوز تجاهل التفرقة بين بعض تدابير التعازير الوقائية والعقوبات الجنائية ....

نحن نرى أن الذين قالوا بأن رسول الله (ﷺ) قد عاقب القاذفين فى حادث الإفك بعقوبة أُنزلت بعد وقوع الحادث، كان أولى بهم أن يَعُدُّوا أَنّ هذه العقوبات إنما طُبقت لأنها داخلة فى باب التعازير، وأن مبدأ التعزير كان سابقا على الآية التى فرضت الحد..

وحق الرسول كقاضٍ أو مشرع فى التعزير يعطى له حق اختيار العقوبة.. وقد سبق أن أكدنا أن التعزير يطبق فى جميع الجرائم، بل هو الأصل حتى فى جرائم الحدود والقصاص..

ومن حسن الحظ أنه أشار إلى أن هناك خلافا فى ذلك. ونحن نرى أن الرأى الذى يقول بأن الآية المقررة للعقوبة كانت سابقة على حديث الإفك هو الذى يؤيد القاعدة العامة، ولذلك نرجحه، ولا نوافق على قوله هو بأنه يرجح الرأى المخالف الذى جعله مبررا للقول بأن العقوبة الحدية طبقت بأثر رجعى .

وقد أشرنا إلى أنه لم يكن فى حاجة لذلك، لأن الجلد عقوبة تعزيرية والفعل منذ وقوعه كان معصية تستحق التعزير، ويمكن القول إنها أصبحت حدّا بعد وورد هذا النص .

إن المبدأ الذى نص عليه هو أن المعاصى التى يعاقب عليها بالحد أو القصاص الأصل فيها أن عقوبتها تعزيرية، وهذا التعزير جائز منذ ارتكاب الفعل ما دام هو معصية فى أصله يستحق التعزير .

* * *

ما قاله عن العقوبة الحدية فى آية "الحرابة" يستفاد منه وجود آراء مختلفة فى وقت نزول الآية. وكما كان الأمر فى موضوع حد الإفك، فإننا أميل لترجيح الرأى الذى لا يتعارض مع المبدإ العام الذى يقرر عدم رجعية العقوبات الجنائية، برغم أنه قد رجح الرأى الآخر ليؤيد قوله بوجود استثناء يجيز رجعية النصوص الجنائية فى أحوال يصفها بأن المصلحة العامة تستوجب ذلك. ونحن نرى أن ادعاء المصلحة العامة يمكن أن يُتَّخَذَ ذريعة لإهدار هذا المبدإ الأساسى كلية، ولا نعتقد أن الفقه أو الشريعة تفتح

مثل هذا الباب الذى يضيع كل أثر جدى لمبدإ قرره القرآن وأعلنه الخالق سبحانه صراحة فى كتابه الكريم. ونخشى أن يكون الذى أدى به إلى هذا القول هو تأثره بما ساد عليه العمل فى العصور "الحديثة"، ولكن أعمالهم ليست حجة فى فقهنا.

* * *

وما قاله بشأن آية الظهار (1 – 4 من سورة المجادلة) معناه عَدُّ الكفارات (مثل تحرير رقبة أو صيام شهرين أو إطعام مساكين) عقوبات جنائية؛ وقد سبق أن قلنا إننا لانوافق على ذلك فى لأنها فى حقيقتها إجراءات تعبدية أو تدابير تربوية اجتماعية لايجوز فى نظرنا وصفها بأنها "عقوبات جنائية"، ولا وصف الفعل الذى يترتب عليه فرضها بأنه "جريمة" ولو كان خطيئة أو معصية من الوجهة الدينية. وسنرى فيما بعد أننا نرى وجوب التفرقة بين المعاصى الدينية والجرائم والعقوبات الجنائية.

عوده ٢٠٧ ـ *الاستثناء الثانى: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصلح للجانى:* إذا صدر نص جنائى أصلح للجانى-٣٢٥- وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجانى، ولو أن الجانى ارتكب جريمته تحت حكم نص أشد عقوبة. ويشترط لتطبيق النص الأصلح للجانى ألا يكون الحكم الصادر على الجانى طبقا للنص القديم قد أصبح نهائيا، فإن كان قد أصبح نهائيا فقد انتهى الأمر به، ولا تعاد محاكمة الجانى طبقا للنص الجديد. والعلة فى تطبيق النص الأصلح أن العقوبة-٣٢٦- مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة، فهى ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة، وكل ضرورة تقدر بقدرها، فإذا كانت مصلحة الجماعة فى تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجانى الذى لم يحكم عليه بعد من النص الجديد المخفف للعقوبة؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس فى التشديد، ولأنه من العدل ألاّ تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة؛ ولأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل، ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تباين فى الفضل وتعترف بهذا التباين، فإذا كان بينها ما يكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطإ عرف لصاحب الفضل فضله، وتباينت الديات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه. واتسع هذا التباين حتى تعدى الأفراد إلى القبائل، فكانت دية النَّضيرى مثلا ضعف دية القُرَظِى، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قَتل من أشراف قبيلة القاتل من يرونه كفء القتيل، وربما لم يرضوا إلا بعدد يقتلونهم. ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شاسا بن زهير. فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة؛ فقالوا له: سل فى قتل شاس فقال: إحدى ثلاث لايغنينى غيرها. قالوا: ماهى؟ قال: تحيون لى شاسا. أو تملئون ردائى من نجوم السماء. أو تدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها. ثم لاأرى أنى أخذت منه عوضا. فهذا هو ولى القتيل يرى قبيلة بأسرها لايجزى قتلها فى قتل ولده.

الصدر تعليق "رقم-٣٢٥-": وجب تطبيق النص المتأخر على الجانى سواء كان أصلح لحاله أم لم يكن، لأن النص المتأخر ينسخ النص المتقدم ويرفع تأثيره فلا يمكن العمل به.

الصدر تعليق "رقم-٣٢٦-": بل العلة تأخره، ولذا لو كان المتقدم أصلح للجانى لأخذنا بالمتأخر أيضا، فإن النص الجنائى الأول لما لم يطبق على المجرم وصدر النص الثانى وألغى الأول فكان لابد من تطبيق الثانى على جريمته ولكنها كانت تحت نظر النبى (ﷺ) فلا يكون تطبيقها على الموارد التى كان النزاع فيها يدل على أن لها أثرا رجعيا مطلقا بل خصوص الأمور التى لايزال النزاع فيها قائما.

مع أن الحكم بالتفاضل لم يكن حكما إسلاميا، بل إن أول حكم إسلامى هو الحكم القاضى بالتساوى، فلا يكون هذا شاهدا لما فرضه المؤلف وهو وجود نصين المتأخر منهما أصلح للجانى إذ لا نص إسلامى قبل النص الحاكم بالتساوى.

عوده

ولما قتل كليب بن وائل اقتتلوا دهرا طويلا واعتزلهم بعضهم فأصابوا ابنا له يقال له بجير. فأتاهم وقال : قد عرفتم عزلتى فبجير بكليب، وكفوا عن الحرب. فقالوا: بجير بشسع نعل كليب. فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشراف القبيلة (١).

وقد جاء الإسلام وبعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح، فمحا حكم الجاهلية، وسوى فى الحكم بين الناس، وذلك قوله تعالى: ﴿أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون﴾ [المائدة:٥٠]. سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع، وبين دماء الأحرار ودماء العبيد، وبين دماء الرجال والإناث، وذلك قوله تعالى:﴿يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فاتِّباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾[البقرة:١٧٨]. وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل فى الدماء والجراح والديات، وطبق الحكم على ماسبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد، وبهذا كان للنص أثر رجعى.

ويترتب على ما توجبه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجانى نتائج منطقية مهمة:

١ – إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم فى الجريمة وكان أصلح للجانى–٣٢٧– حوكم الجانى بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة فى ظل التشريع القديم.

٢ – إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة–٣٢٨– المحكوم بها مايتفق مع العقوبة التى يقررها التشريع الجديد.

الصدر: تعليق "رقم–٣٢٧–": بل ولم يكن أصلح كما مر عليك سابقا.

الشاوى: رأينا فى "التعليقات أرقام–٣٢٥– إلى –٣٢٧–": (على البندين٢٠٧ و٢٠٨)يؤيد وجهة نظرنا فى أن النصوص المقررة لعقوبات جنائية كلها ذات طبيعة استثنائية فى شريعتنا، ولذلك فإن صدور نص يلغيها أو يخففها يكون له أثر فورى إذ لايمكن تنفيذ نص استثنائى بعد إلغائه، فالنص الأصلح للمتهم له أثر فورى وليس رجعيا فى نظرنا، والسيد الصدر يقول بذلك – إلا أننا لانوافق على مايفهم من قوله إن كل نص جديد يطبق حتى ولو كان يشدد العقوبة.

الصدر: تعليق "رقم–٣٢٨–": بل تنفذ جميعها لأن ظاهر التشريع الجديد اختصاص بمن يحاكم ابتداء أو تستمر محاكمته بعد تشريعه إلا مع النص على عدم الاختصاص، كما أن التشريع الجديد لايكون مانعا من تنفيذ الحكم الصادر على وفق التشريع القديم ولايوجب توقف تنفيذه إلا مع النص على ذلك.

الشاوى: رأينا فى "تعليق–٣٢٨–": لانوافق على اعتراضه على قول فقيهنا فيما يتعلق بتخفيف العقوبة المحكوم بها تنفيذا لنص جديد أصلح للمتهم صدر بعد الحكم عليه طبقا لنص سابق عقوبته أشد.

---

(١) الأم جـ ٦ ص ٧، تفسير القرطبى جـ ٢ ص ٢٤٤.

٣ - إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولايعاقب عليه،فيجب ألّا ينفذ الحكم الذى صدر طبقا للتشريع القديم؛ كما يجب أن يوقف تنفيذه إذا كان قد بدئ فى تنفيذه.

٤ - إذا كان التشريع الجديد يشدِّد العقوبة فلاينطبق على الجانى؛لأنه ليس الأصلح له، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقا للنصوص السارية وقت ارتكابها.

٢٠٨ - الشريعة والقانون : بينا فيما سبق المبادئ التى تسير عليها الشريعة الإسلامية فى سريان النصوص على الزمان، وهذه المبادئ هى نفس المبادئ التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم. ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه المبادئ إلا أخيرا، فقد كانت القاعدة فى القوانين الوضعية قديما أن يكون للشارع الحق فى أن يجعل لأى قانون جنائى أثرا رجعيا، ولم يكن حقه فى ذلك مقيدا بأى قيد. فلما جاءت الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق، ولم يعد للشارع أن يصدر قوانين جنائية لها أثر رجعى. وقد ظل هذا المبدأ محترما من عهد الثورة الفرنسية إلى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه فى أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى، حيث تبين لهم أن التقييد المطلق ضار بمصالح الجماعة، وإن كان متفقا مع صالح الفرد، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على الصالح الفردى، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يُجعل للقانون أثر رجعى كان للشارع هذا الحق. وممن يرى هذا الرأى الشراح الإيطاليون، فإنهم يرون قبول الأثر الرجعى للقوانين التى تنشئ عقوبات أشد لأمور كانت جرائم من قبل؛ لأن حق المجتمع يعلو على مصلحة المجرم. ويرى الشراح الإنجليز أن الأثر الرجعى للعقوبة المشددة أمر معقول، وقد جعل المشرع المصرى والمشرع الفرنسى للقانون أثرا رجعيا فى قوانين معتادى الإجرام والاشتباه[1].

وظاهر لما سبق أن المبدأ الحديث الذى يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له فى الأصل، أن يجعل للقانون أثرا رجعيا، ولكن له استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة، وهذه هى نفس النظرية الإسلامية.

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة فى سنة ١٩٤٥، حاكمت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقوادها وحكامها، وحكمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام والأشغال

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١١٧،١١٦، الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٥٦٨ ومابعدها.

الشاقة والسجن، وكان موضوع المحاكمة أفعالا لم تكن تُعَدُّ جرائم لا ﴿عودة﴾ فى قوانين البلاد المتصرة أو المنهزمة ولا فى القانون الدولى، ولم يكن يعاقب عليها من قبل. وهذه المحاكمة التاريخية تطبيق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثيل.

أما عن تطبيق التشريع الأصلح للمتهم على ماسبقه من الجرائم، فهى قاعدة معترف بها فى كل القوانين الوضعية تقريبا، وإن كانت القوانين لم تعرف هذه القاعدة إلا فى القرن الماضى.

وهكذا نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة : إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضى تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى الأثر الرجعى للتشريع الجنائى، وإن ما نَعُدُّه اليوم أحدث الآراء والنظريات فى القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقا دقيقا للنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا.

هناك مبدأ مسلم به – وهو أن كل قانون لاحق يُعَدّ أفضل مما سبقه؛ وإلا لما كان لصدوره أى مسوّغ. وهذا المبدأ هو أساس نظرية النسخ التى تحدثنا عنها فيما سبق. ونسخ القاعدة السابقة يستلزم إزالة جميع آثارها بما فى ذلك الحكم الجنائى الصادر بناء عليها، وأن يكون ذلك من يوم صدور النص الجديد، فيمكن القول بأن هذا ليس استثناء وإنما هو تطبيق لقاعدة الأثر الفورى الذى فرقنا بينه وبين الأثر الرجعى، فما عدا عن أن مبدأ عدم الرجعية هو قاعدة أصولية لاتقبل الاستثناء فى نظرنا فيما عدا تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم، أما إذا كان أشد فيطبق عليه المبدأ العام وهو عدم تطبيقه بأثر رجعى .

وما قاله عن عقاب مجرمى الحرب يمكن تسويغه بأن جميع الأعمال الحربية هى فى الأصل جرائم عدوان على الأفراد سواء كانوا مقاتلين أو مدنيين؛ وقد استثنيت من تطبيق العقوبات الجنائية لأن حالة الحرب المشروعة إنما أباحتها (دفاعا عن النفس)؛ ولذلك فإن من المنطقى ألا يعترف بهذه الإباحة فى حالة الحرب العدوانية لأن المعتدى لا يحق له التمسك بحالة الدفاع الشرعى؛ فالأمر فى نظرنا ليس مجرد إنشاء عقوبة أو جريمة جديدة كما يتصور البعض بل هو فى نظرنا مجرد تحديد نطاق للقاعدة التى تبيح بعض الجرائم فى أثناء الحرب بقصر هذه الإباحة على مقتضيات الحرب المشروعة بناء على أنها دفاع شرعى وليست عدوانا، وتطبيق قانون العقوبات العادى على تلك الأفعال فى حالة الحرب العدوانية بحسبانها جرائم عادية وأنها لاتنطبق عليها أسباب الإباحة، وعلى ذلك فإن قوله إن تلك الأفعال لم يكن معاقبا عليها وقت وقوعها يمكن التحفظ عليه .

نخشى أن يكون فقيهنا قد تأثر بما يُقال عن اتجاه حديث فى القوانين الوضعية وأشار إليه بعض الشُّرّاح "الإيطاليين أو الإنجليز"، ومسايرته بعض أحكام القانون المصرى مثل قانون الاشتباه ومعتادى الإجرام؛ أو القانون الدولى فيما يسمونه جرائم الحرب، ولكننا لانرى ذلك وليس من حقنا أن ننسب إلى الشريعة أنها سبقتهم إلى هذا الاستثناء. بل إننا نرى أن الشريعة والالتزام بمبادئها الأصولية يغنينا عن الجرى وراء مثل هذه المحدثات الوضعية التى استخدمتها الأهواء والمطامع السياسية؛ وخاصة إذا كان النص القرآنى صريحا مثل قوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ – فما لايجوز الخالق الكون لايمكن أن نجيزه للبشر .

الخلاصة أن مبدأ عدم رجعية العقوبات الجنائية يجب أن يلتزم به بعَدّه مبدأ عامّا مطلقا، وأن ما يعدّه البعض استثناء عليه يرجع إلى وجوب مراعاة آثار مبادئ عامة أخرى لها أهميتها ويكون مفعولها موجبا لوضع حد لنطاق تطبيق هذا المبدإ. فهى ليست فى نظرنا استثناءات عليه بل حالات تستوجبها مبادئ شرعية أو قواعد أخرى يجب احترامها.

الفصل الثالث
فى سريان النصوص الجنائية على المكان

عوده ٢٠٩ - *هل الشريعة عالمية أم إقليمية* ؟ : الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لاإقليمية، جاءت للعالم كله لا لجزء منه، وللناس جميعاً لا لبعضهم؛ فهى شريعة الكافة لايختص بها قوم دون قوم، ولا جنس دون جنس، ولاقارة دون قارة. وهى شريعة العالم كله، يخاطب بها المسلم وغير المسلم، وساكن البلاد الإسلامية. وساكن البلاد غير الإسلامية، لكن لما كان الناس جميعاً لايؤمنون بها، ولايمكن فرضها عليهم فرضاً، فقد قضت ظروف الإمكان ألاّ تطبق الشريعة إلا على البلاد التى يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد. وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطاً بسلطان المسلمين وقوتهم؛ فكلما اتسعت الأقاليم التى يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التى تطبق فيها الشريعة. فالظروف والضرورة هى التى جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة فى أساسها شريعة عالمية، ولهذا نستطيع أن نقول : إن الشريعة الإسلامية فى أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية، ولكنها فى تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية.

٢١٠- *تقسيم العالم* : وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لاثالث لهما : الأول يشمل كل بلاد الإسلام، ويسمى دار الإسلام، والثانى يشمل كل البلاد الأخرى، ويسمى دار الحرب؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية، أما القسم الثانى فلا يجب فيه تطبيقها-٣٢٩- لعدم إمكان هذا التطبيق.

الصدر تعليق "رقم-٣٢٩-": عدم إمكان التطبيق حال كونها دار حرب لايمنع من وجوب التطبيق مع إمكان جعلها من بلاد الإسلام. فالواجب جعل جميع بلاد العالم بلاداً إسلامية وتطبق فيها أحكامه.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٢٩-": مجرد افتراض لامحل له فى نظرنا.

۞ 209، 210 سيادة الشريعة فى البلاد التى تلتزم بها – والعالم كله أصبح دار عهد فى عصرنا :

إن فقيهنا يستعمل بعض العبارات التى جرى على استعمالها بعض الفقهاء المتأخرين الذين قالوا إن الأحكام الجنائية الشرعية واجبة التطبيق فى البلاد "التى تخضع لسلطان المسلمين"[1] ... فى حين أننا نفضل القول بأنها البلاد التى تطبق الشريعة وتخضع لسيادتها، وهذا التعريف أكثر مرونة ودقة فى نظرنا؛ لأن بعض بلاد المسلمين الآن أصبحت تتنكر لسيادة الشريعة ولاتلتزم السلطات فيها بأحكامها....

* * *

إننى لأوافق على القول بأن العالم يشمل قسمين لاثالث لهما[2] "دار الإسلام ودار الحرب." وهذا قول – كما قدمنا سابقا – يتجاهل القسم الثالث وهو "دار العهد" الذى يشمل البلاد غير الإسلامية التى يكون بينها وبين المسلمين عهود مسالمة؛ وهذا القسم أصبح الآن يضم جميع بلاد العالم التى تعاهد معها المسلمون بعهود جماعية مثل ميثاق الأمم المتحدة فضلا عن العهود الثنائية وخاصة فيما يتعلق بالتمثيل السياسى والاتفاقات الإقليمية والتجارية وما إليها ...

إذا كان التقسيم ثنائيا فإن المنطق يوجب أن يكون المقابل لدار الحرب دار السلم التى تشمل كل البلاد المسالمة للأمة الإسلامية، وهى تضم حاليا جميع دول العالم التى لاتوجد فى حالة حرب مع المسلمين .

إن تجاهل هذا القسم المهم قد أدى بالبعض إلى تطبيق ما قاله فقهاؤنا عن دار الحرب على العالم غير الإسلامى كله لما يتناقض مع الوضع الحالى؛ إذ أصبح كثير من المسلمين يجدون من الأمن والأمان وحسن المعاملة فى بعض البلاد الأجنبية التى يلجئون إليها ويجدون فى قوانينها الوضعية ما هو أقرب لمبادئ شريعتنا من القوانين الوضعية التى تفرضها سلطات الجور وحكام البغى فى بعض بلاد المسلمين التى تعلن صراحة أنها لاتلتزم بأحكام شريعتنا .

---

(1) البند 209 .

(2) البند 210 .

عوده ٣١١- دار الإسلام : تشمل دار الإسلام البلاد التى تظهر فيها أحكام الإسلام[1] أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام.[2] فيدخل فى دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان غير المسلمين، ويدخل فى دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون يظهرون أحكام الإسلام، أو لايوجد لديهم مايمنعهم من إظهار أحكام الإسلام.

وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون، وهم كل من آمن بالدين الإسلامى وذمِّيون، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام، ويقيمون إقامة دائمة فى دار الإسلام، بغض النظر عن معتقداتهم الدينية. فيصح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهودا، ويصح أن يكونوا مجوسا أو صابئة، أو عباد مااستحسن أو ممن لايدينون بدين-٣٣٠- .

وسكان دار الإسلام جميعا مسلمين وذميين معصومو الدم والمال؛ لأن العصمة[3] فى الشريعة تكون بأحد شيئين : الإيمان، والأمان. ومعنى الإيمان الإسلام، ومعنى الأمان العهد،ويكون بعقد الذمة، وبالموادعة والهدنة، وما أشبه. فمن آمن برسالة محمد أى : أسلم فقد عصم دمه وماله بالإسلام، لقوله عليه السلام: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها". ومن دخل فى أمان المسلمين بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان، ولو بقى على غير دين الإسلام-٣٣١-. فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم، وسكان دار الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم(٤).

الصدر تعليق "رقم-٣٣٠-": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفرى هو اختصاص أخذ الجزية بأهل الكتاب، ولايباح لغيرهم السكنى فى بلاد المسلمين ولو مع دفع الجزية.

الصدر تعليق "رقم-٣٣١- ":ولكن لايسمح له بالبقاء الدائمى، إذ لايجوز لغير المسلم السكنى فى بلاد المسلمين إلا الكتابيين إذا التزموا بشروط الذمة والتزموا بشرائطها، وإنما يحق لآحاد المسلمين إعطاء أمان مؤقت لا أمان دائمى يبيح الإقامة فى البلاد الإسلامية. وهذا الأمان المؤقت هو الأمان المذكور فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لايعلمون﴾[التوبة : ٦]. =

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٠.

(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٠٤.

(٣) العصمة معناها :عدم الإباحة، فمن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال.

(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٠٢، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٣١، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢١٨، الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٦٣٠.

عوده

والأمان فى الشريعة الإسلامية على نوعين:(1) أمان مؤقت، وأمان مؤبد. فالأمان المؤقت ما كان محدودا بأجل كالمهادنة، وكالإذن بدخول دار الإسلام لأجل معين. والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهى به، ولايكون إلا بعقد الذمة، ولايتمتع به إلا الذمِّيون-٣٣٢- الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام، وعليهم فى مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام (2) -٣٣٣- .

= وأما الأخبار الدالة على أن لآحاد المسلمين إعطاء الأمان فالمراد منها هو الأمان المؤقت، وهى ظاهرة فى ذلك، وإن لم تكن ظاهرة فى ذلك فهى مجملة وتفسيرها الآية المباركة وتكشف عن اختصاصها بالأمان المؤقت الذى هو المتيقن منها.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٣٣٠-،-٣٣١-": سبق اعتراضنا على قوله بأن أهل الأديان الأخرى غير اليهود والنصارى لايجوز إقامتهم فى دار الإسلام ... وأشرنا إلى ماقرره دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية بشأن الزرادشتيين.

الصدر تعليق "رقم-٣٣٢- الذميون الذين يؤخذ منهم الجزية هم أهل الكتاب من اليهود والنصارى. وقد اختلفت آراء المذاهب الجعفرى فى المجوس وهل يصح أخذ الجزية منهم أو لايصح ولايقرون على دينهم، والمشهور كونهم من أهل الذمة،ويستندون فى ذلك إلى الخبر المروى عن الإمام أمير المؤمنين على (ع) أنه كان لهم كتاب أحرقوه ونبى قتلوه.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٣٢-": نؤيد قوله بشأن المجوس. أما القول بأن غير المسلم (وغير العربى) أى الأجنبى غير المواطن، لايحق له الإقامة فى دار الإسلام إلا بصفة مؤقتة، فلا نوافق عليه، لأن مثل هذه المسائل يحكمها مبدأ المعاملة بالمثل وتنظمها المعاهدات الدولية. ولذلك يجب التمييز بين المعاهد وغيره، فليس كل الأجانب حاربين كما يفهم من قوله.

فإذا كان هناك بلد أجنبى يسمح لمواطنينا بالإقامة الدائمة أو كانت هناك معاهدات أو أعراف دولية تبيح لغير المواطنين الإقامة فى دولة ما، فلانرى مانعا شرعيا من أن تسمح دولتنا لمواطنيها الأجانب بالإقامة الدائمة – كل ماهنالك أن للدولة فى كل وقت أن تطرد الأجنبى من بلادها إذا كان وجوده يسبب لها ضررا. فالأمر يرجع لمصلحة الدولة ...

الصدر تعليق "رقم-٣٣٣-": لايلزم الذمى بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم بعدم التعرض للمسلمين نفسا ومالا وعرضا وعقيدة، وألا يعين عدوهم عليهم ولا يكون عينا عليهم ولايؤوى فى بيته عينا لخصومهم ولا يتجاهر بالمسكرات ولابقية المحرمات فى شرع الإسلام كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير وأكل الربا والزواج بالمحارم. =

---

(1) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٠٦، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢١٠، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٦٠، ٣٦٤، ٣٨٠ ومابعدها، المغنى جـ ١٠ ص ٥٧٨.

(2) لايلزم الذمى بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم فقط بما لايتعارض مع معتقده الدينى، فيؤخذ بأحكام الإسلام فى ضمان النفس والمال والعرض، وتقام الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه كالسرقة دون مايعتقدون حله كشرب الخمر (راجع الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٦١١، وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ١١١ ومابعدها).

= **الشاوى** رأينا فى "التعليق-٣٣٣-": لانوافق على قول السيد الصدر باعتراضه على ماقاله فقيهنا بشأن التزام المقيمين فى دار الإسلام بشريعته، لأنه إذا كانت هناك استثناءات لصالحهم فهى مقررة فى الشريعة ولايتعارض تطبيقها عليهم مع مبدإ التزامهم بها، بل هو تطبيق كامل لها.

يجب أن نلاحظ أن دخول الأجنبى فى أمان المسلمين لم يعد أمرا استثنائيا، أو فرديا، بل إنه يجب التفرقة بين المعاهدين والمحاربين. والأصل الآن فى جميع أنحاء العالم أن هناك معاهدات جماعية أو ثنائية تنظم هذه الأمور، وطبقا لهذه المعاهدات يكون جميع المعاهدين مستأمنين من حيث المبدأ، طالما حصل على الإذن بالدخول (التأشيرة) - كل ماهنالك أنه يلتزم بالشروط التى تفرضها التأشيرة التى حصل عليها.

أما مايسمى الحربى فهو من كانت دولته فى حالة حرب فعلية مع دولتنا.... وليس كل أجنبى أو غير مسلم حربيا فى عصرنا الحاضر لأن الحرب حالة استثنائية مؤقتة بين الدول.

211 – دار الإسلام هل تشمل بلاد المسلمين التي لا تطبق فيها الشريعة أم تقتصر على التي تلتزم بها :

يسر أنه استشهد بأقوال الفقهاء الذين وصفوا دار الإسلام بأنها هى التي تظهر فيها أحكام الشريعة أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام[1]، فلا يصح أن تُوصف الدول بأنها إسلامية إذا كانت سلطاتها المسيطرة عليها تعلن تنكرها للشريعة أو تَعُدّ المطالبة بها حركات معارضة محظورة يُضطهد من يعلنها أو يتمسك بها، ولايكفى الاعتماد على أن أغلب سكانها مسلمون .

ويؤيد رأينا أنه عاد إلى تعريف دار الإسلام بأنها دار أمن وسلام للمسلمين.[2] وأظن أنه لو عاش معنا للآن لوجد أن أمثاله من دعاة الإسلام لايشعرون بأى أمن فى" بعض بلاد المسلمين" ويضطرون للهجرة منها إلى بلاد العهد التي تؤويهم وتوافر لهم أمنا أكثر مما يجدونه فى بعض الدول التي يكون سكانها كلهم أو أغلبهم مسلمين أو التي تعلن أن دينها هو الإسلام ويخشون أن يصيبهم فيها ما أصابه هو من بغى وظلم وقتل بدون مسوغ.

كما أنه وصف دار الإسلام وصفا دقيقا عندما قال: إنها البلاد التي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام[3] ولايمنعهم من ذلك مانع. وقد يفهم من ذلك أن بلاد المسلمين التي لاتطبق فيها أحكام الشريعة أو يحرم فيها المطالبة بذلك، لايصح وصفها بأنها دار الإسلام .

وقد انتقدنا القول بأن على الأفراد واجب إقامة الحدود إذا لم تقم بذلك الحكومات[4]، والأصح القول بأن عليهم أن يغيروا الحكومات التي تتنكر للشريعة فى حدود إمكاناتهم؛ وأن يتولى الفقهاء إرشادهم إلى الطريق الصحيح لذلك، وهو الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة، ويتحملون فى سبيل ذلك ما يفرضه عليهم حكام السوء من قمع واضطهاد بدلا من مطالبتهم الأفراد بإقامة الحدود بدون قضاء إسلامى مستقل يتولى ذلك فى محاكمات عادلة.

لاشك فى أنه ضحى بحياته فى هذا السبيل الذى يدعو لتطبيق الشريعة؛ ونعترف له بأنه لم يسر فى طريق مشاركة المستبدين ومماًلأتهم كما يفعل بعض "فقهاء السلاطين" فى كل زمان ومكان، ويشارك فيه السلبيون الذين يستسلمون للبغى الذى تمارسه قوى أجنبية أو حكومات وطنية أو محلية مستبدة .

إننا نرى أن الشريعة تُحرِّم الإستسلام لحكام الجور والبغى، لأن استسلامهم يشجع الظالمين على مواصلة البغى والظلم والتمادى فيه وزيادته. كما أننا لانرى أن علاج هذه الحال يكون بقيام الأفراد بتنفيذ الحدود دون وجود قضاء شرعى مستقل يلتزم بإجراء محاكمات عادلة نزيهة.

(1) البند (211) .
(2) البند (211) والبند (218) .
(3) بداية البند (220) .
(4) نهاية البند (218).

عوده ٢١٢ - دار الحرب : وتشمل كل البلاد غير الإسلامية التي لاتدخل تحت سلطان المسلمين. أو لاتظهر فيها أحكام الإسلام، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة، ويستوى أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمون أو لايكون، مادام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام.

وسكان دار الحرب على نوعين : فهم إما حربيون وإما مسلمون :

فالحربيون هم سكان دار الحرب الذين لايدينون بالإسلام، ويقال لأحدهم حربى. والحربيون غير معصومين، فدماؤهم وأموالهم مباحة مالم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدنة؛ لأن العصمة فى الشريعة لاتكون كما قلنا إلا بأحد شيئين: بالإيمان أو الأمان.

وليس للحربيين إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد، أن يدخلوا دار الإسلام، فإذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم والمال، ويجوز قتله ومصادرة ماله، كما يجوز أسره والعفو عنه.

وإذا دخل الحربى دار الإسلام بإذن أو أمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأمن، والمستأمن يعصم دمه وماله عصمة مؤقتة؛ لأن أمانه مؤقت لا دائم. وله أن يقيم فى دار الإسلام المدة التى يستأمن فيها معصوم الدم والمال. فإذا انتهى أمانه عاد حربيا كما كان مهدر النفس والمال إذا ترك دار الإسلام، أما إذا بقى فيها مختارا فيرى البعض أنه يصبح حربيا-٣٣٤-، ويرى البعض أنه يصبح ذميا-٣٣٥- باختياره البقاء فى دار الإسلام، ويصير معصوما عصمة مؤبدة.

الصدر تعليق "رقم-٣٣٤-": وهو الرأى الراجح عندنا، إذ ليس الحربى إلا من لم يكن مسلما ولاذميا ولم يدخل فى أمان المسلمين. ومن البديهى أن يكون الحربى الباقى فى بلاد المسلمين تجتمع فيه الأوصاف الثلاثة.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٣٤-": يفتح باب التوسع فى صفة الحربيين لتشمل جميع الأجانب، وفى فكرة الإهدار بالمعنى الذى انتقدناه، وهو اتجاه يتعارض مع رأينا بشأن زوال صفة الحاربين فى العصر الحاضر، إذ أصبح العالم كله معاهدا وماقلناه مرارا من أن الإهدار لا يعنى استباحة دم إنسان لكل من هب ودب.

الصدر تعليق "رقم-٣٣٥-": مر علينا قريبا أن غير الكتابى لايكون ذميّا وأن الكتابى إنما يكون ذميا إذا التزم بشرائط الذمة، وليس مجرد السكنى فى بلاد المسلمين سببا لصيرورة الإنسان ذميا كما مرت الإشارة إلى ذلك قريبا.

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٣٥-": يكرر ماانتقدناه فى تعليقاتنا السابقة ... فالذمة مواطنة كاملة للفرد فى الدولة التى يحمل جنسيتها، لأنها علاقة سياسية بين الفرد والدولة التى ينتسب إليها بصرف النظر عن ديانته.

عودة أما المسلم الذى يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلا، فهو عند مالك والشافعى وأحمد كأى مسلم من أهل دار الإسلام، يعصم إسلامه دمه وماله -٣٣٦-، ولو أنه مقيم فى دار الحرب ومهما طالت إقامته، وإذا أراد دخول دار الإسلام لايمنع منها. بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه؛ لأن العصمة عند أبى حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم، والمسلم فى دار الحرب لامنعة له ولا قوة فلا عصمة له، ولكن له أن يدخل دار الإسلام فى أى وقت فإذا دخلها استفاد العصمة(١).

وكما يُعَدّ الحربى مباح الدم إذا دخل (دار الإسلام) دون إذن، فكذلك يُعَدُّ المسلم والذمى مباحى الدم للحربيين إذا دخل كلاهما دار الحرب دون إذن أو أمان، فإذا دخل بإذن أو أمان سمى كلاهما مستأمنا على أن تكون إقامته مؤقتة، وله أن يرجع إلى دار الإسلام فى أى وقت شاء. فإذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة فى دار الحرب فذلك لايغير من أمره شيئا مادام باقيا على إسلامه، فإن خرج عن إسلامه سار حربيا، وإذا أراد الذمى أن يقيم إقامة دائمة فى دار الحرب انقلب حربيا.

وإذا تزوج المسلم أو الذمى حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمية-٣٣٧-. أما إذا تزوج الحربى المستأمن من ذمية فإنها لاتصبح بزواجه حربية، كما أنه لايصبح ذميا بزواجها على الرأى الراجح، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذميا أصبحت مثله ذمية(٢) -٣٣٨-.

الصدر تعليق "رقم-٣٣٦-": وهو الرأى الراجح عندنا، فإن السكنى فى دار الحرب لايخرجه عن الإسلام الموجب للعصمة.

الصدر تعليق "رقم-٣٣٧- إذا التزمت بشرائط الذمة.

الصدر تعليق "رقم-٣٣٨- إذا التزمت بشرائط الذمة.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٣٦-، -٣٣٧-، -٣٣٨-": أشرنا من قبل إلى أن العصمة حق إنسانى لجميع البشر- فلا نوافق على مايفهم فى التعليق ولا فى المتن من أن العصمة خاصة بالمسلمين أو الذميين.

لقد سبق أن قلنا بأن صفة الإنسانية توجب العصمة بذاتها ولايجوز ربطها بالاعتبارات العقيدية أو المكانية، ولذلك لانوافق على ماقاله فى التعليق رقم ٣٣٦ من أن الإسلام وحده هو الموجب للعصمة، كما لم نوافق على مانسبه فقيهنا لأبى حنيفة من أن العصمة، سببها الدار (أى الموطن) ولا ماقاله عن تأثير الزواج وأقره السيد الصدر فى التعليقين رقم ٣٣٧ و٣٣٨.

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٢.

(٢) البحر الرائق جـ ٣ ص ١٠٢.

أشرنا إلى أن القول بأن "كل البلاد غير الإسلامية هى دار حرب" – قول غير صحيح ولا يجوز إطلاقه بهذه الصورة، التى تتجاهل العهود والعقود التى تربط المسلمين بالدول الأخرى، والتى تجعلها "دار عهد" أو دار سلم ويصبح جميع مواطنيها معاهدين .

وقد قلنا إن العالم كله أصبح الآن دار عهد .

ولا يجوز أن توصف دولة غير إسلامية بأنها دار حرب إلا فى حالة وجود حرب بينها وبين المسلمين، وفى فترة الحرب، وفى نطاق قانون الحرب الذى يقوم على مبدإ المعاملة بالمثل: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[البقرة: 194].

ونكرر قولنا: إن دار الإسلام لا تشمل إلا البلاد التى تعلن السلطات المسيطرة عليها بأنها تطبق شريعتنا وتخضع لها وتلتزم بها. فدار الإسلام معرضة للانكماش مثل دار الحرب فى عصرنا الحاضر، والذى يتسع هو دار العهد أو دار السلم التى تشمل الآن جميع بلاد العالم..

يجب تطبيق مبادئ شريعتنا بشأن تعريف دار الإسلام بأنها هى الملتزمة بشريعته، وتعريف دار الحرب بأنها التى لا يكون بينها وبين المسلمين عهد، أو تكون فى حالة حرب فعلا مع "دولة إسلامية" بالمعنى الصحيح .

لايجوز وصف كل من يحمل جنسية أجنبية بأنه حربى، ولانطبق على كل أجنبى أحكام الفقه بشأن "الحربيين". ومن حسن الحظ أنه أضاف تحفظا حين قال: إن "الحربى" يكون "غير معصوم" إذا لم يكن بين دولته وبين دار الإسلام عهد أو هدنة. ثم كرر ذلك حين قال: إن من سماهم الحربيين ليس لهم أن يدخلوا دار الإسلام إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد ... ص (ب/ 355) .

* * *

ثم إن قوله بأن "الحربيين" غير معصومين يجب أن يراعى فيه ما قلناه عن أن عدم العصمة لايجيز للأفراد قتل من وصفهم بأنهم قد "أهدرت دماؤهم"؛ خصوصا إذا لاحظنا أنه واصل منطقه حتى قال: إن المسلم والذمى يكونان مباحى الدم إذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان، أى أنه يبيح أيضا "للحربيين" إهدار دم المسلم أو الذمى فى الحالة التى أشار إليها. والصواب أن الإهدار حكم شرعى يطبقه القضاء لا الأفراد .

أو دفاعا عن النفس فى حالة الحرب :

إننا نتحفظ على هذه الأقوال[1] التى تؤدى إلى إباحة الاعتداء على حقوق الإنسان التى حصنتها شريعتنا؛ مثل حقه فى الحياة وسلامة جسمه وبدنه، وهى فى نظرنا حقوق قدستها شريعتنا بدليل أنها فرضت للعقاب عليها عقوبة القصاص التى قصد بها المشرع فى نظرنا حماية حق الإنسان فى حياته وسلامة بدنه، وهى الحماية التى نعدها أساسا لنظرية شرعية عامة فى ضمان حقوق الإنسان وحمايتها من المساس بها إلا بحكم قضائى تنفذه سلطة شرعية. وعلى ذلك فإننا لانسوغ قيام فرد بقتل أى إنسان سواء كان حربيا أو ذميا أو مستأمنا أو مسلما بحجة إقامة الحد عليه أو بحجة أنه غير معصوم، لأن جميع الناس معصومون بصفتهم بشرا متساوين فى "الحقوق الإنسانية" – ولذلك فإننا نرى أن إقامة الحدود من اختصاص القضاء الملتزم بالشريعة دون غيره.

إن الأقوال التى بُنيت على الافتراض وجود حالة حرب دائمة بين المسلمين وغيرهم قد فات أوانها، والقول بذلك غير صحيح حاليًا ولايقره إلا بالنسبة للمحاربين المقاتلين من الأعداء فى أثناء الحرب. أما مجرد الانتساب إلى دولة غير إسلامية أو معادية فلا يحرم الفرد من الحماية التى قررها شريعتنا لحقوق الإنسان، إلا حين تثبت مشاركته فى العدوان علينا؛ ومن باب أولى لايُعَدّ الأجنبى محاربا إذا كانت الدولة التى ينتسب لها معاهدة أومسالمة للمسلمين وليست محاربة. وقد بينا أن جميع دول العالم الموقعة على المواثيق الدولية (مثل ميثاق الأمم المتحدة وغيرها من المعاهدات الجماعية) هى دول معاهدة ومسالمة ولايصح وصفها بأنها "دار حرب" ولايجوز بالتالى القول بعدم عصمة رعاياها أو حرمانهم من الحقوق الإنسانية التى قدستها شريعتنا وتحرم كل عدوان عليها ...

ومن باب أولى، لا يجوز أن نقر ما ينسب لأبى حنيفة من أن المسلم المقيم فى بلد أجنبى ولم يهاجر لدار الإسلام يكون غير معصوم بحجة أنها دار حرب، أو أن المسلم فى أى بلد أجنبى لا عصمة له ... ولا القول بأن كل بلد سكانها غير مسلمين هى دار حرب، دون أن تكون بينها وبين المسلمين حرب فعلية.

(1) يراجع تعليقنا على البنود (373) وما بعده.

<عوده> ٢١٣ـ مدى إقليمية الشريعة: رأينا فيما سبق أن الشريعة فى أصلها عالمية، وأن الظروف قضت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام. وقد بقى أن نعرف مدى هذه الإقليمية. فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الإسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر؟ وإذا طبقت الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الإسلام، فهل تطبق على مايرتكبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم فى دار الحرب؟

الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها تسرى على كل من يقيمون فى دار الإسلام مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها، فيستوى أن تكون البلاد الإسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة، كما كان الحال فى عهد الدولة الأموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم، وتسرى الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال، ولاعبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم. وعلى من يقيمون فى دار الإسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا فى دار الإسلام فقط، بل وفى خارج دار الإسلام.

فالمبدأ الشرعى العام إذن، هو سريان الشريعة على الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أيا كان مرتكبها، وعلى الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب من مقيم فى دار الإسلام. وأساس هذا المبدإ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها، فهى شريعة عالمية كما قلنا، وهى بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع فى أى بقعة من بقاع العالم، ولما كانت الظروف لاتسمح بتطبيق الشريعة إلا فى بلاد الإسلام وعلى المقيمين بها، فقد اكتفى نزولا على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الإسلام، ولو كان مرتكبها لاينتمى لدار الإسلام؛ لأن تطبيق الشريعة ممكن فى دار الإسلام على كل من يوجد فى هذه الدار، واكتفى بتطبيق الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الحرب من مقيم فى دار الإسلام؛ لأنه من الممكن أن تطبق الشريعة على المقيمين فى دار الإسلام وإن كان لايمكن تطبيقها على دار الحرب.

هذا هو المبدأ العام فى الشريعة الإسلامية، ولا خلاف عليه، ولكن الفقهاء اختلفوا فى تطبيقه تبعا للاعتبارات المختلفة التى نظر إليها كل منهم عند التطبيق، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سريان التشريع الجنائى على المكان.

213 – مبدأ الإقليمية :

الأصل فى نظره أن الشريعة عالمية ويترتب على ذلك أن يلتزم بها المسلم أينما كان، إلا إذا وجد مانع (خارج عن إرادته) يحول دون تطبيقها عليه كلها أو بعض منها .

وهذا المانع يتوافر فى حالة خضوعه لدولة لا تلتزم بالشريعة، أو لاتسمح له بالالتزام بها كلها أو تسمح له بالالتزام ببعضها (مثل أحكام العبادات والأحوال الشخصية) ولاتسمح له بالالتزام بالبعض الآخر (مثل الأحكام المدنية أو الجنائية أو الدستورية مثلا).

وهو يرى أن "الظروف العالمية والدولية لاتسمح بتطبيق الشريعة خارج نطاق إقليمى معين"؛ ولذلك فإن القاعدة الآن تقضى بأن يكون تطبيقها فى نطاق إقليمى محدود هو دار الإسلام .

والإقليم الذى تطبق فيه شريعتنا هو دار الإسلام، وفى هذا الاقليم يخضع الجميع لها سواء كانوا مسلمين أم لا، وسواء كانوا ينتمون لدار الإسلام أم لدولة غيرها .

وقد أضاف استثناء مقتضاه أن من يقيم فى دار الإسلام إذا ارتكب جريمة فى دار الحرب يمكن محاكمته والحكم عليه بمقتضى شريعتنا وإن كان هناك خلاف فى مدى هذا الاستثناء وشروط تطبيقه .

ونحن نرى أن ما تتضمنه بعض القوانين الوضعية من أن ذلك مشروط بعودة الجانى إلى دار الإسلام دون أن يحاكم أو يعاقب عن فعله فى البلاد التى ارتكب فيها جريمته – قاعدة يوجبها تطبيق المبادئ الشرعية العامة .

عوده

٢١٤ـ *النظرية الأولى* : وصاحبها أبو حنيفة، ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام، أى مكان داخل فى حدود الدولة الإسلامية، أيا كانت الجريمة، وسواء كان مرتكبها مسلما أو ذميا؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة، ولايجوز له أن يرضى لنفسه قانونا غيرها؛ ولأن الذمى التزم أحكام الإسلام التزاما دائما لقبوله عقد الذمة الدائم.

أما من يقيم إقامة مؤقتة فى دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقا لله، أى تمس حقا للجماعة، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقا للأفراد، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة فى دار الإسلام يسمى المستأمن.

ويعلل أبو حنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة، بل الحاجة يقضيها، كتجارة أو رسالة أو مجرد المرور، وليس فى الاستئمان مايلزمه بجميع أحكام الشريعة فى الجرائم والمعاملات، بل هو يلزم فقط بما يتفق مع غرضه من دخول دار الإسلام، وبما يرجع إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد، فعليه أن يلتزم الإنصاف وكف الأذى، مادمنا قد التزمنا له بتأمينه بإنصافه وكف الأذى عنه. ولما كانت جرائم القصاص والقذف لما يتعلق بحقوق العباد ويمسها مساسا شديدا، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم التى تمس حقوق الأفراد كالغصب والتبديد، أما ماعدا ذلك من الجرائم التى لاتمس حقوق الأفراد فلا يسأل عنها-٣٣٩-، ولايلزمه عقوبتها، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقة[1].

أما الجرائم التى يرتكبها مسلم أو ذمى خارج دار الإسلام فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية، سواء وقعت من شخص مقيم فى دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب وعاد، أو وقعت من شخص كان يقيم فى دار الحرب ثم أقام بعد ذلك فى دار الإسلام؛ لأن المسألة عند أبى حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذمى بأحكام الإسلام،

الصدر تعليق "رقم-٣٣٩-": كيف لايسأل عنها ياترى، ومادل على حرمة هذه الجرائم ولزوم العقوبة عليها شامل بإطلاقه له، وعلى ولى الأمر تنفيذ الحدود على من يقدر عليه، والمستأمن بعد دخوله دار الإسلام يكون الحاكم الشرعى قادرا على إقامة الحد عليه فيجب إقامة الحد عليه.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٣٩-": نؤيده فى اعتراضه على القول الذى ينسبه فقيهنا لأبى حنيفة من عدم معاقبة المستأمن على الجرائم التى يصفها بأنها لاتمس حقوق الأفراد وكانت تمس حقوق الله أى حقوق الجماعة كالزنا والسرقة (مشيرا إلى فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ و١٥٦).

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٥، ١٥٦.

عوده أينما كان مقامه، وإنما هى واجب الإمام فى إقامة الحد، ولايجب على الإمام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة؛ لأن الوجوب مشروط بالقدرة، ولا قدرة للإمام على من يرتكب جريمة فى دار الحرب أثناء ارتكابها، فإذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة [1]–٣٤٠–.

ومعنى ماسبق أن القضاء بالعقوبة يقتضى الولاية–٣٤١– على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة، ولا ولاية للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة. ويترتب على ماسبق أنه لو دخل مكان الجريمة فى ولاية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة–٣٤٢–؛ لأن الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة.

وإذا ارتكب المسلم أو الذمى جريمة فى دار الإسلام وهرب منها إلى دار الحرب، فلايسقط هربه العقوبة؛ لأن الفعل وقع موجبا للعقوبة، وكذلك حال المستأمن فيما يعاقب

الصدر تعليق "رقم–٣٤٠–": القدرة التى هى شرط لوجوب إقامة الحد هى القدرة على إقامة الحد ولو بعد الجريمة، لا القدرة على إقامتها حال الجريمة، وهذه القدرة متحققة بعد رجوع المجرم إلى دار الإسلام فيجب على الحاكم إقامة الحد عليه.

الصدر تعليق "رقم–٣٤١–": مر علينا قريبا أنه لادليل على ذلك وإطلاقات الأدلة تنفيه.

الصدر تعليق "رقم–٣٤٢–": لازم الرأى الذى ذكرناه قريبا هو لزوم تطبيقها تمسكا بإطلاق الأدلة كما مر علينا ذلك قريبا.

الشاوى رأينا فى "التعليقات–٣٤٠– و–٣٤١– و–٣٤٢–": نؤيد اعتراضه على القول بأن الإمام لايستطيع معاقبة من يرتكب جريمة فى دار الحرب إذا دخل دار الإسلام بعد ذلك، استنادا إلى أن شرط التزام الإمام بمحاكمته مشروط بقدرته على من ارتكب الجريمة فى دار الحرب أثناء ارتكابها – والأصح هو قول السيد الصدر، وهو أن شرط القدرة إذا كان قد توافر بعد ذلك بعد رجوع المجرم إلى دار الإسلام فهذا يكفى لالتزام الإمام بمعاقبته إذا كان لم يعاقب عليها فى الخارج ولم يتم تسليمه.

ويلاحظ أن القوانين الوضعية ذاتها – ومنها القانون المصرى – توجب محاكمة المجرم الذى يعود لأرض الدولة بعد ارتكابه جريمة فى الخارج إذا كان لايجوز تسليمه لأنه من المواطنين، ولم يكن قد عوقب عليها فى البلد الذى وقعت فيه الجريمة، أو أى بلد آخر، ولم يتم تسليمه لمحاكمته فى الخارج لأنه من الرعايا الذين لايجوز تسليمهم (مسلمين أو ذميين...).

وفى رأينا أنه لامجال للتفرقة بين مايُعَدّ جرائم ماسة بالأفراد مباشرة، وغيرها من الجرائم، لأن جميع الجرائم تمس أمن المجتمع وسلامته فى نظرنا ولوكانت فى نفس الوقت تمس حقا فرديا... كل ماهنالك أن القصاص لايمكن توقيعه إلا فى حالة طلب المجنى عليه (أو ولى الدم فى حالة القتل).

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢، ١٥٣.

عوده على ارتكابه من جرائم، فإن عودته لدار الحرب لاتسقط عقوبته، ولا تمنع -٣٤٣- من العقاب على جريمته.(١)

وإذا عسكر جنود الدولة الإسلامية فى دار الحرب فكل جريمة وقعت فى المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة فى دار الإسلام؛ لأن أرض المعسكر فى حيازة جند الدولة، وللدولة سلطان عليها، فيُعَدُّ المعسكر لهذا دار إسلام.

أما الجرائم التى ترتكب خارج المعسكر، فحكمها حكم الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب-٣٤٤-.(٢)

الصدر تعليق "رقم-٣٤٣-": مع قدرة الحاكم على إقامة الحد.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٤٣-": يؤسفنا ماذكره السيد الصدر من أن النقاش خاص بالحدود - مع أننا نرى أن الأصل فى الجزاء الجنائى هو التعزير، وكل ماقلناه ونقوله فيما بعد ينطبق على التعازير...

ونحن نؤيد تحفظه فى التعليق رقم-٣٤٣- بشأن معاقبة الحربى المستأمن الذى يرتكب جريمة فى دار الإسلام ثم يعود لدار الحرب، إذ يرى السيد الصدر أن عودته لبلاده لاتسقط عقوبته، أى لاتمنع محاكمته عندنا طالما أن جريمته ارتكبت فى بلادنا، ولم يحاكم عليها فى الخارج. ويشترط السيد الصدر لمحاكمته فى بلادنا القدرة عليه وذلك بطلب تسليمه لذلك، وهذا هو ماتقرره القوانين الوضعية حاليا لأن الأصل هو اختصاص قضاء البلد الذى ارتكب فيه الجريمة.

الصدر تعليق "رقم-٣٤٤-": بل اللازم إقامة الحدود فى ظرف القدرة على إقامتها لاطلاق أدلتها وعدم المقيد لها.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٤٤-": يتفق مع ماقاله فى رقم-٣٤٠-إلى-٣٤٢- من أن القدرة اللاحقة لارتكاب الجريمة تكفى، وعودة الجانى إلى بلادنا تعطينا الحق فى محاكمته. كما أن رأى أبى حنيفة ذاته الذى أشار له فقيهنا فى الصلب يؤيد محاكمة الجندى الذى ارتكب جريمة فى الخارج بعد رجوعه لدار الإسلام، ولكننا نرى أن تكون عقوبته تعزيرية، أى اننا نؤيد تعليق السيد الصدر رقم-٣٤٥- لأنه يرجح أن العقوبة على الجرائم التى ترتكب فى الخارج تكون تعزيرية دائما فقط، ونحن نصر على ذلك بحسبانا أن الحدود عقوبات استثنائية، وتوجد شبهة فى هذه الحالة لأن الجريمة وقعت فى دار الحرب... وهى كافية لسقوط الحد والاكتفاء بالتعازير كما يفهم من الحديث الشريف المشار إليه فى المتن، وقد أيده فى التعليق التالى.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣١.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢.

عوده ويرى أبو حنيفة أن الجرائم التى ترتكب من الجنود فى أثناء الغزو لاتنفذ عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام، لقوله عليه السلام: "لاتقطع الأيدى فى الغزاة"(١)-٣٤٥-.

ويفرق أبو حنيفة-٣٤٦- فى جرائم القتل بين عدة حالات: فإذا كان القتيل قد أسلم وبقى فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام، فلا قصاص ولادية إذا قتله مسلم

المصدر تعليق "رقم-٣٤٥-": الرواية مختصة بحد السرقة ولاتشمل بقية الحدود. ولقد استدل الشيخ أبو جعفر الطوسى على عدم تنفيذ جميع العقوبات أثناء الغزو بالإجماع ولما كان الجند الإسلامى المجاهد غالبا فى أرض العدو فيمكن أن يستدل على هذا الحكم بالخبر المروى عن الإمام جعفر بن محمد (ع) أنه قال: (لاتقام الحدود بأرض العدو) ولكن هذا الحديث مختص بالحدود فلا يشمل التعزيرات.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٤٥-": يسرنا أنه يشير إلى التعازير، برغم أنه كما لاحظت من قبل يستند دائما إلى الأخبار، وكان أولى فى نظرنا.. أن تكون الإشارة إلى المبادئ العامة فى الشريعة التى هى أساس جميع أحكام الفروع. ونؤيد القول بأن الحدود لاتقام بأرض العدو، فأساس قولنا هو المبدأ العام فإن العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا لها صفة استثنائية بحتة كما قلنا مرارا، وتسقط بالشبهة. والشبهة فى هذه الحالة هى أن البلد الذى وقعت فيه الجريمة لايطبق عقوبة القصاص التى قررها شريعتنا جزاء على الجرائم ضد حياة الأشخاص وسلامة أبدانهم..

المصدر تعليق "رقم-٣٤٦-": لايمكن الموافقة على هذا التفريق، لأن المسلم أينما كان فى بلاد الكفر أو بلاد الإسلام فهو مسلم معصوم الدم يحرم قتله ويقتل قاتله، ولافرق بين بقاء المسلم فى دار الحرب أو دخوله إليها مستأمنا أو مكرها أسيرا فإن الأسر لايطيل عصمة الأسير.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٤٦-": يعترض السيد الصدر على التفرقة التى تنسب للإمام أبى حنيفة بين حالات قتل المسلم فى دار الحرب، ويرى أن قتل المسلم أينما كان يوجب القصاص. ونحن نرجح تضييق نطاق القصاص على النحو الذى ذهب إليه الإمام أبو حنيفة، على أن يكون مفهوما أن الدية ليست إلا الحد الأدنى للتعويض – أو الضمان كما يقول هذا الرأى – وأن التعزير واجب فى كل حالة يتعذر فيها القصاص أو يسقط الحق فيه لسبب أو لآخر.

ولايفوتنا أن نذكر بأن ربط عصمة الدم بالإسلام غير وارد فى نظرنا، لأن كل إنسان معصوم الدم بحكم تكريم الله لآدم وذريته دون حاجة للبحث فى ديانته أو عقيدته...

ولذلك نفضل لو وجد رأى يسوى بين قتل المسلم وغير المسلم فى العقوبة التعزيرية فى جميع الأحوال، فيما عدا القصاص لأنه عقوبة استثنائية تسقط بالشبهة – وسنرى ذلك عند دراسة جريمة القتل فى القسم الخاص...

ونرى أن هذا الرأى يحيرنا من الجدل الذى يثيره السيد الصدر فى تعليقه-٣٤٦- حول التفرقة التى ينسبها فقهاؤنا للإمام أبى حنيفة بشأن عدم وجوب القصاص أو الدية فى تلك الجرائم، لأن النتيجة هى الاكتفاء بالتعزير على الرأى الذى رجحه الإمام الصدر فى تعليقه السابق (رقم ٣٤٥) وأيدناه.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٤.

عوده أو ذمى من أهل دار الإسلام، وإذا كان القتيل مسلما أو ذميا من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأمنا فلا قصاص، لانعدام الولاية على محل الجريمة، ولكن يلزم القاتل بالدية. وإذا كان القتيل قد دخل دار الحرب مكرها كالأسير فيرى أبو حنيفة أن لاقصاص ولا دية فى قتله؛ لأن الأسر يبطل عصمة الأسير. ولكن محمدا وأبا يوسف يخالفان فى هذا ويريان أن الأسر لايبطل عصمة الأسير، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الإسلام، فإذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، فيلزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل لأن ولاية الضمان ثابتة على متقاضين وقت التقاضى.[1]

ويجيز أبو حنيفة للمسلم والذمى إذا دخلا دار الحرب مستأمنين أن يتعاقدا بربا مع حربى أو مع مسلم لم يهاجر إلينا، لأن الربا إتلاف مال للحربى برضاه وهذا لايتنافى مع عقد الأمان؛ لأن المسلم الذى لم يهاجر أموال غير معصومة. ولأبى يوسف رأى مخالف فى هذه النقطة-٣٤٧-، فهو يرى أن المسلم والذمى عليهما إذا دخلا دار الحرب أن يلتزما أحكام الإسلام، فلا يفعلان مايحرمه ولو كان مباحا فى دار الحرب، ومادام الربا محرما بنصوص الشريعة فهو محرم فى دار الإسلام وفى دار الحرب. ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حربى وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا، ويرى أن التعاقد بالربا مع حربى فى دار الحرب جائز للسبب الذى يذكره أبو حنيفة. أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهاجر إلينا فهو غير جائز.[2]

الصدر تعليق "رقم-٣٤٧-": ورأيه هو الراجح لإطلاق الأدلة المانعة عن الربا وعدم اختصاصها بحرمة الربا مع المسلم فى دار الإسلام، وجواز إتلاف مال الحربى وعدم كون مال المسلم غير المهاجر معصوما لايقتضى جواز الربا معه مع أن مادل على عصمة أموال المسلم وحرمتها عامة غير مختصة بكونه فى دار الإسلام.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٤٧-": نؤيد السيد الصدر فى شأن عدم إباحة الربا الذى يرتكب فى دار الحرب كما يقول أبو يوسف مخالفا لرأى إمامه أبى حنيفة النعمان. لكنا نشترط أن يوجد تقنين يجعله جريمة عندنا ويفرض عقوبة جنائية أو تعزيرية على ارتكابه، وإلا فإنه يكون معصية دينية يكفى فيها التعويض أو الضمان.

وعلى العموم، فإن القول بعدم عصمة المال فى دار الحرب لانقره لأن الحق فى المال كغيره من الحقوق الإنسانية لايجوز فى نظرنا إهداره أو القول بعدم عصمة المال فى دار الحرب... لأننا نلتزم بالرأى الذى يقول: إن الحقوق الإنسانية كلها معصومة للناس جميعا فى كل مكان فى شريعتنا ولايجوز إهدارها سواء فى الداخل أو الخارج.. سواء كانت حقوقا متعلقة بالحياة أو سلامة البدن أو حرمة المال.

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٣.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢.

عوده ومن المتفق عليه فى مذهب أبى حنيفة أنه لايجوز للمسلم والذمى أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا فى دار الحرب، كما لايجوز لهما ذلك فى دار الإسلام فإن تعاقدا فى دار الحرب فلا عقاب لانعدام-٣٤٨- الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، ولكن على آخذ الربا الضمان، أى رد ما أخذه ولو كان الآخر فى دار الحرب؛ لأن الرد ليس عقوبة وتكفى فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضى.

وإذا دخل المسلم أو الذمى دار الحرب مستأمنا فأدان حربيا أو أدانه حربى ثم خرج المسلم أو الذمى إلى دار الإسلام، وخرج الحربى إليها مستأمنا، فإن القاضى لايقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئا لايقضى بالغصب لأن المداينة فى دار الحرب وقعت هدرا لانعدام الولاية عليهم-٣٤٩-، وانعدام ولايتهم فى حقنا أيضا-٣٥٠-،وكذلك الغصب؛ ولأن المداينة والغصب يصادف كلاهما مالا غير مضمون-٣٥١-، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحربى، ومال الحربيين مباح لأهل دار الإسلام. وإنما التزم المسلم أو الذمى بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحربيين أثناء إقامته فى دارهم، وأن ينصفهم، كما التزموا هم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذمى المستأمن وأن يكفوا عن إيذائه.

الصدر تعليق "رقم-٣٤٨-": انعدام الولاية حال الجريمة لايعنى من العقاب عليها لو تحققت الولاية بعد ذلك.

الصدر تعليق "رقم-٣٤٩-": انعدام ولايتنا عليهم لايعنى من القضاء بهما حال تحقق الولاية.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٠-": لاعلاقة لانعدام ولايتهم فى حقنا بعدم الحكم بلزوم الغصب والدين حينما تتحقق ولايتنا عليهم.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٤٨-،-٣٤٩-،-٣٥٠-": رأى السيد الصدر معارضا لما نسبه مؤلفنا للأحناف يتمشى مع قوله فى رقم -٣٤٠- بأن الولاية اللاحقة تكفى، وكذلك فى تعليقه رقم -٣٤٢- الذى أيدناه ومازلنا نؤيده.

الصدر تعليق "رقم-٣٥١-": كيف يكون مال المسلم مباحا للكافر يابترى؟ ومجرد استباحتهم له لايعنى من الحكم عليهم بضمانه.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٥١-":وتعليق السيد الصدر يؤيد ماقررناه فى مناقشتنا لرقم ٣٤٧ وهو عدم تأييدنا لأى قول يقصر عصمة المال أو الدم على إقليم دون غيره ولا على طائفة من الناس دون غيرهم. ونؤكد أن هذا المبدأ ليس مقصورا على عصمة مال المسلم، بل نرى أن العصمة حق إنسانى للمسلم وغيره سواء فى بلادنا أو غيرها – لايتوقف على عقيدة الإنسان، ولاوطنه ولا الإقليم الذى يقيم فيه أو يغادره بحكم المساواة الإنسانية فى الكرامة لجميع بنى آدم بنص القرآن الكريم ذاته..

عوده فإذا غصب أحد الطرفين الآخر شيئا فقد غصب مالا مباحا له-٣٥٢-، ولكنه حنث بعهده وغدر وآذى من تعهد بالكف عن إيذائه ولم ينصفه، والحنث والغدر فى ذاته ليس سببا لتحريم المال المباح-٣٥٣- أو تحليل المال المحرم.

والحكم كذلك لو كانا حربيين أدانا أحدهما الآخر فى دار الحرب ثم خرجا إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما فى الدين؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضى-٣٥٤-، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين، فإن القاضى يقضى بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضى[1].

وإذا غصب المسلم أو الذمى مسلما أو ذميا فى دار الحرب أو أدانه فلا عقوبة على الغصب، ولكن يقضى بالدين وبضمان المغصوب. والعلة فى امتناع العقاب هى انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، والعلة فى القضاء بالدين والضمان هى قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضى.

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التى تقع فى دار الحرب من مسلم أو ذمى على حربى لايعاقب عليها،طبقا لرأى أبى حنيفة لانعدام الولاية-٣٥٥- على محل الجريمة وقت وقوعها. ولايختص الحاكم فى دار الإسلام بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن هذه الجرائم. وكذلك الحكم إذا كان المجنى عليه فى حكم الحربى كالأسير المسلم أو المسلم الذى لم يهاجر إلى دار الإسلام.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٢-": مال الحربى مباح للمسلم، وأما مال المسلم فلا يكون مباحا للحربى، ومجرد اعتقاده كونه مباحا له لايمنع من ضمانه له واقعا والحكم عليه بالضمان.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٣-": مر علينا قريبا أن مال المسلم لايكون مباحا للكافر وإن كان فى دار الحرب واعتقد الكافر إباحته.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٣٥٢-، -٣٥٣-": مبدأ المساواة الإنسانية يوجب علينا الاعتراض على قول السيد الصدر "إن مال الحربى يباح للمسلم".

وعلى القول بأن العصمة مقصورة على مال "المسلم" دون غيره من البشر.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٤-": تكفى الولاية حال التقاضى التى تصحح الحكم عليهما عند القاضى وإمكان إلزامهما بإطاعة الحكم، وهو حاصل بالنسبة إلى المستأمنين.

الصدر تعليق "رقم-٣٥٥-": مر علينا قريبا أن انعدام الولاية حال الجريمة لايمنع من الحكم وإنزال العقاب مع تحقق العقاب وقت التقاضى.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢، ١٣٣.

<عوده> أما إذا كان الجنى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لايعاقب عليها أيضا لانعدام الولاية-٣٥٦- على محل الجريمة، ولكن المحاكم فى دار الإسلام تختص بالنظر فيما يطلبه الجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن الجريمة التى وقعت فى دار الحرب، وعلى المحاكم أن تقضى بهذا الضمان ولو كان يُعَدُّ عقوبة من بعض الوجوه، كالدية فإنها تُعَدُّ تعويضا من وجه وعقوبة من وجه آخر. ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيع العقوبات البحتة، أما العقوبة التى فيها معنى تعويض الجنى عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمتنع منها؛ لأنها تحكم بها بحسبانها ضمانا لا بحسبانها عقوبة.

هذه هى نظرية أبى حنيفة فى سريان الشريعة الإسلامية على المكان، وقد كان لرأيه فى عدم سريان الشريعة على المستأمن أثر سيئ على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساسا وسندا فى منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين، أى من نسميهم اليوم بالأجانب، وكان يعلم مدى ماقاسته البلاد الإسلامية ومازال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التى منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين؛ لتشجع الأجانب على دخول دار الإسلام، وتؤمنهم على أنفسهم وأموالهم، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سببا لاستغلال المسلمين، وتضييع حقوقهم، واستعلاء الأجانب عليهم.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥٦-": مر آنفا مافيه ومافيما بعده من الفروع.

[الشاوى] رأينا فى "التعليقات-٣٥٤- إلى -٣٥٦-و-٣٥٨-و-٣٥٩-": ماقاله السيد الصدر هو تأييد لما قاله قبل ذلك فى أرقام -٣٤٠- إلى -٣٤٢- ثم -٣٤٨- إلى -٣٥٠- وأيدناه ومازلنا نؤيده لأن القدرة اللازمة هى التى تكون وقت المحاكمة لاوقت ارتكاب الجريمة.

عند عرض آراء الإمام أبى حنيفة نجده يشير إلى "ولاية الدولة"، وهذا يؤكد ما قلناه من أن تطبيق مبدإ الإقليمية يكون بمعرفة القضاء الذى يتحدد اختصاصه فى نطاق إقليم الدولة التى يكون اختصاصه فى حدود إقليمها والتى تنفذ أحكامه.

صحيح أن القضاء فى شريعتنا هو فرع من الهيئة التشريعية (هيئة الاجتهاد التى تمثل الأمة)، لكن تنفيذ أحكامه تقوم به السلطات التنفيذية للدولة، ولذلك فإن القاعدة هى أن ولايته فى حدود إقليم الدولة الإسلامية.

وبلغ من دقة اجتهادات فقهنا أنه سبق النظم الحديثة إلى عدّ القواعد العسكرية جزءا من إقليم الدولة التى ينتمى إليها الجيش الذى توجد عساكره فيها.

* * *

وكما قلنا بالنسبة لاعتراضنا على ما يسميه "إهدار دم الأشخاص" فى حالات معينة، نقوله بالنسبة لما أشار إليه من "إهدار المداينة"، وما رتب عليها لما وصفه بأن "مال المسلمين" وأهل دار الإسلام مباح للحربيين – ومال الحربيين مباح لأهل "دار الإسلام"، لأنه قول يتعارض فى نظرنا مع مبادئ الشريعة فى حرمة مال الأفراد، التى تَعُدّها مثل حرمة دمائهم وسلامة أبدانهم، فكلها من الحقوق الإنسانية التى تقدسها الشريعة وتحميها لجميع البشر دون استثناء. ولذلك، فإننا لا نقر ما ينسبه إلى الإمام أبى حنيفة أو غيره من الفقهاء من القول بأن القضاء لايقضى لأحد بدين التزم به فيما يسميه "دار الحرب" – بل ولايضمن ما غصبه فى إقليم دار الحرب... استنادا إلى ما يسميه "إهدار المداينة"...

إن نصوص القرآن التى تفرض عقوبة القصاص على من تعدى على حياة غيره أو سلامة بدنه، والآيات التى تعاقب السارق والسارقة، لايقتصر تطبيقها على حكم فرعى بتوقيع تلك العقوبات الحدية، بل إن لها مقاصد سامية أبعد من ذلك لأنها تقرر حرمة دماء الأفراد وأبدانهم وأموالهم، وهذه الحرمة توجب حماية الدماء والأبدان والأموال لجميع البشر بحكم إنسانيتهم، وأن القضاء وحده هو الذى يحكم بإهدارها بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيهة.

لقد أشرنا من قبل إلى أننا استبطنا من آية الاستئذان نظرية تشريعية لحرمة أسرار الحياة الخاصة، ولاشك فى أن حرمة دماء الناس وأبدانهم وأموالهم لاتقل أهمية عن ذلك، وأساسها هى النصوص القرآنية التى تفرض عقوبات مقدرة حدا أو قصاصا على من يعتدى على تلك الحرمات.

❁ الإهدار لا يعطى للأفراد حق فى الاعتداء على غيرهم، لأن القضاء وحده هو الذى له الحكم بالإهدار بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيهة :

ونحن نشير إلى أن ما يسميه علماء الشريعة إنما يُقصد به التزام الفرد الخاضع لها بأحكامها التكليفية ويعمل بها فى كل مكان يوجد فيه طالما لايوجد مانع قهرى يحول دون ذلك؛ ويعبرون عن ذلك بأن التزامه بتطبيقها شخصى، ويصفون هذا النوع من الأحكام التكليفية بأنها "شخصية"، بخلاف الأحكام الجنائية التى لاتطبق إلا بحكم قضائى فى إطار إقليمى معين، فهى أحكام إقليمية لأنها تطبق على الأفراد فى حدود إقليم معين بواسطة سلطات ذلك الاقليم.

وهو يشير إلى أن "الظروف العملية" أوجبت أن يكون تطبيق الشريعة "إقليميا" فى الأصل، وهذا هو المبدأ العام فى الفقه. ومع ذلك فإن تطبيقه يؤدى إلى اختلاف الآراء فى المذاهب المختلفة، بل فى داخل كل مذهب كما يتبين من البنود التالية .

ونحن نسارع إلى القول بأن هذا التعدد فى المذاهب والاختلاف فى الآراء يؤكد ما نراه من ضرورة التقنين الشرعى حتى يعرف المكلف مقدما الحكم الذى يطبق عليه .

والظروف العملية التى يشير إليها هى أن اختصاص القضاء إقليمى، وعلى ذلك فإن الأحكام التشريعية الجنائية التى يطبقها القضاء يجب أن يكون لها طابع إقليمى .

وإذا كان هذا يطبق على الأحكام الجزائية أو الوضعية لأن تطبيقها يكون عن طريق القضاء فإننا قد أشرنا إلى أن الشريعة تتميز بوجود ما يسميه فقهاؤنا أحكاما تكليفية، وهى أحكام شخصية يلتزم الفرد بها مباشرة أينما كان ودونما تدخل القضاء أو أى سلطة زمنية.

يجب أن نفرق بين ولاية القضاء وولاية الشريعة. فما قاله من أن الجرائم التى تقع من مسلم أو ذمى فى دار الحرب على حربى لايعاقب عليها – طبقا لرأى أبى حنيفة – فيه تجوُّز، لأن المقصود هو أن قضاء الدولة (الإسلامية) لايختص بالحكم فى هذه الجرائم لوقوعها فى إقليم دولة أخرى، ولأن الجانى ليس من رعايا تلك الدولة فقضاؤها هو أولى بأن يفصل فى هذه الجريمة. ونحن نرى ضرورة التفرقة بين اختصاص القضاء وتطبيق الشريعة أو ولايتها، ولذلك فإنه إذا فرض وأعطى للقضاء الإسلامى الاختصاص بنظر مثل هذه الجريمة التى وقعت فى بلد أجنبى (يكون ذلك فى حالة استثنائية وعلى سبيل التبادل غالبا) فإنه يطبق عليها أحكام الشريعة .

على العموم، فإن كل التفصيلات التى عرضها عن اختلاف الآراء فى أثر إقليمية الشريعة بشأن تطبيق نصوصها الجنائية على ما يقع فى "دار الحرب" لم يعد له تلك الأهمية التى تبرر الإفاضة فى عرضها، لأننا سبق أن بينا أن ما يسمى "بدار الحرب" لم يعد له وجود فى عصرنا بعد أن تعددت المعاهدات الجماعية والثنائية بين الدول الإسلامية وغير الإسلامية، ونتيجة لذلك فلا محل لوصف أى أجنبى بأنه "حربى" إلا فى حالة وجود حرب فعلية، وفى أثناء الحرب فقط .

العقاب على جميع الجرائم من حقوق الله وحق الجماعة :

وأكثر من ذلك، فإن الاهدار الذى يصر على الإشارة إلى أنه يبيح للفرد إهدار دم إنسان آخر لا نعتقد أن له هذا الأثر، وإنما يقتصر أثره على القضاء فى الحكم بالحد أو القصاص الذى يعنى ما يسمى الآن بالإعدام ... ويكون ذلك بالحكم القضائى متى توافرت شروط تطبيق عقوبة القتل التى تفرضها شريعتنا – والقضاء وحده هو الذى له الحق فى إثبات توافرها ووجود الأدلة الشرعية على الإدانة بها ... ما ذكره من أن رأى أبى حنيفة يفرق بين الجرائم التى يصفها بأنها تمس حقوق الأفراد، وجرائم أخرى يصفها بأنها تمس حقا لله أو حقا للجماعة، يتعارض مع ما قررناه مرارا – وأيدته أقواله فى بعض المواضع – من أن جميع الجرائم تمس حقوق الجماعة وحق الله، لأن شريعة الله سبحانه وحقوق الجماعة هى التى تحمى حقوق الأفراد. فالمساس بهذه الحقوق الفردية كحق الحياة وسلامة البدن، يهدد أمن الجماعة ومصلحتها التى تستوجب حماية حقوق أفرادها .

لقد سبق أن بينا الأسباب التى تقتضى عدم القول بوجود أى جريمة لا تمس حقوق الجماعة، لأن جميع ما تعاقب عليه الشريعة أيا كان سبب العقوبة أو نوعها أو مقدارها يُعَدُّ فى شريعتنا وفقهنا ضارا بالجماعة ومساّا بحقوقها التى أمر الله سبحانه بحمايتها، وأن حقوق الجماعة تُعَدّ دائما حقوقا لله .

إن فقيهنا كان حريصا على عرض الأحكام التى توصل إليها أسلافنا فى عصورهم، ولكننا حريصا على بيان التطور الذى حدث فى العلاقات الدولية عموما، وفى علاقات دولنا بغيرها تبعا لذلك، ونتائج ذلك فى كل مايتعلق باختصاص القضاء أولا، وما يتعلق بتطبيق أحكام شريعتنا من حيث الإقليم .

أما اختلافنا مع مقاله بشأن الإهدار، فليس ناتجا عن ظروف جديدة، بل هو التزام بالمبادئ الانسانية الأصيلة التى قررها القرآن وسبقت شريعتنا جميع النظم لإقرارها، وهى تجعل الصفة الانسانية أساسا لاعترافنا لجميع البشر بحرمة النفس والدم والمال وغيرها من الحريات التى تمنحها الصفة الإنسانية لبنى آدم كلهم دون أى استثناء .

عوده ٢١٥ - النظرية الثانية : وهى نظرية أبى يوسف من فقهاء المذهب الحنفى، ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل المقيمين فى دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمى، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن. وحجته فى ذلك: أن المسلم يُلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام، وأن الذمى ملزَم بأحكام الإسلام التزاما دائما بمقتضى عقد الذمة الذى يضمن له الأمان الدائم. أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذى خوله الإقامة المؤقتة فى دار الإسلام، وبقبوله دخول دار الإسلام؛ لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط، فصار حكمه حكم الذمى، ولافرق بينهما إلا أن الذمى أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت. ولهذا، يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التى يرتكبها فى دار الإسلام، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد(١).

وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبى يوسف ونظرية أبى حنيفة ينحصر فى تطبيق الشريعة على المستأمن. فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن فى كل الأحوال-٣٥٧-، وأبو حنيفة لايطبق الشريعة على المستأمن إلا فى الجرائم التى تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم.

ويتفق أبو يوسف مع أبى حنيفة فى أن الشريعة لاتسرى على الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون فى دار الإسلام، ولكنه يخالف أبا حنيفة فى مسألتين ذكرناهما فى أثناء عرض نظرية أبى حنيفة. الأولى منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذمى لايجوز لأحدهما فى دار الحرب أن يتعاقد بربا مع حربى أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم فى دار الحرب؛ لأنه محرم عليه طبقا لأحكام الإسلام وهو ملزم بهذه الأحكام أينما كان، ولكنه لايعاقب إذا أخذ ربا فى دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها. والفرق بين رأى أبى حنيفة ورأى أبى يوسف فى هذه النقطة أن أبا حنيفة لايرى الفعل فى ذاته محرما بينما يحرمه أبو يوسف-٣٥٨-. والثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتله فى دار الحرب مسلم أو ذمى،

المصدر تعليق "رقم-٣٥٧-": وهذا هو الرأى الراجح كما مر علينا قريبا.
المصدر تعليق "رقم-٣٥٨-": والأرجح هو القول بالحرمة لعموم أدلة الحرمة وصحة الحكم بعقابه إذا حصلت الولاية عليهما بعد ذلك.
الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٥٧-، -٣٥٨-": تعليق السيد الصدر يؤكد ماقاله فى التعليقات السابقة، من رقم -٣٣٩- إلى رقم -٣٤٢-، وقد أبدينا رأيه وذكرنا حجتنا فى ذلك.

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٤.

<عوده> فأبو حنيفة لا يرى فى قتله قصاصا ولا دية؛ لأنه فقد بالأسر عصمته، بينما يرى أبو يوسف أن فى قتله الدية ؛ لأن الأسر لايفقده عصمته، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية-٣٥٩-، فيلتزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل، لأن للمحاكم الإسلامية أن تقضى بالضمان عن الجريمة المرتكبة فى دار الحرب، إذا كان الجانى والمجنى عليه من أهل دار الإسلام؛ لأن ولاية المحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة. والفرق بين الرأيين فى هذه المسألة هو نفس الفرق فى المسألة السابقة.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٥٩-": ولكن يجب القصاص إذا تحققت الولاية بعد ذلك لعموم أدلته وعدم تقييدها بتحقيق الولاية حال الجريمة.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٥٩-": ما قاله السيد الصدر هو تأييد لما قاله قبل ذلك فى أرقام -٣٤٠- إلى -٣٤٢- ثم -٣٤٨- إلى -٣٥٠- وأيدناه. ومازلنا نؤيد أن القدرة اللازمة هى التى تكون وقت المحاكمة لاوقت ارتكاب الجريمة، كل ماهنالك أنه يمكن الاكتفاء بالتعزير لأن القصاص عقوبة استثنائية تسقط بالشبهة، وهنا تكون الشبهة أن مكان الجريمة لايحكم فيه بالقصاص إذا حوكم هناك، والمحاكمة فى مكان وقوع الجريمة هى الأصل.

ويسرنا أن نشير إلى أن ملاحظات السيد الصدر فى كثير من التعليقات الخاصة بهذا الموضوع هى أقرب لما توصلنا إليه فى حاشيتنا، وهذا يكفى لإقناعنا بأهمية الدراسات المقارنة للمذاهب الفقهية المختلفة والمتعددة.

215 – عدم تطبيق عقوبة القصاص ليس أساسه عدم العصمة،

بل سببه وجود شبهة :

إن ما عرضه من آراء أبى يوسف أقرب للمنطق فى نظرنا لما نسبه إلى الإمام أبى حنيفة النعمان ، لكنا لا نقر ما وصفه بأن "الأسير" المسلم فى دار الحرب يفقد عصمته بحجة أنه إذا قتل لا يطبق على مرتكب هذه الجريمة عقوبة القصاص (عند أبى يوسف) ولا عقوبة الدية أيضا (عند أبى حنيفة) – لأن عدم وجوب هاتين العقوبتين المشددتين ليس معناه عدم فرض عقوبة أو جزاء تعزيري – فليس معناه فى نظرنا أن دم الأسير أصبح مباحا لا يعاقب قاتله بحجة أنه مهدر. هذا فى حالة ما إذا حوكم الجانى طبقا للشريعة فى بلد يلتزم بها .

أقصى ما يمكن قوله أن القضاء الإسلامى إذا عُرض عليه الموضوع وكان مختصا به (استثنائيا) فإن وقوع الفعل فى دار الحرب يمكن أن يُعَدُّ شبهة توجب عدم الحكم بالعقوبة القصوى وهى عقوبة القصاص؛ بل يجب أن يكتفى بعقوبة تعزيرية .

وقد أشرنا من قبل إلى عدم قبولنا للقول بأن هناك جرائم لا تمس حقوق الجماعة ولا حق الله بحجة أنه تطبق فيها عقوبة القصاص المشددة بناء على طلب المجنى عليه أو ولى الدم عندما تتوافر شروط القصاص .

كذلك نعيد رأينا بأن القول بأن حالة الأسر يترتب عليها عدم العصمة، هذا القول لا يتفق مع مبادئ شريعتنا. وإذا كانت شريعة العدو تقضى بذلك فإن هذا لا يبرر نسبة هذا الحكم لشريعتنا ..

ويسرنا أنه عَدَّ الدية نوعا من الضمان (أى التعويض المدنى) – وهو كذلك فى نظرنا – وكل ما أضفناه هو أنها الحد الأدنى مع جواز إضافة تعويض تكميلى إذا تجاوز الضرر حدودها تطبيقا للمبدإ الشرعى أن "الضرر يزال" .

وعقد الذمة فى العصر الحاضر هو قانون الجنسية الذى يعترف لغير المسلم بصفة مواطن يحمل جنسية الدولة، والجنسية كما قلنا هى علاقة سياسية بين الدولة ورعاياها جميعا مسلمين وغير مسلمين .

أما عقد الأمان فهو تأشيرة الدخول التى تعطى للأجنبى للإقامة المؤقتة القصيرة أو الطويلة فى إقليم الدولة التى منحته تأشيرة الدخول، وبطاقة الإقامة حسب نظامها.

عوده ٢١٦ـ **النظرية الثالثة** : وهى نظرية مالك[1] والشافعى[2] وأحمد[3] وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب فى أى مكان داخل حدود دار الإسلام، سواء كان مرتكب الجريمة مسلما أو ذميا أو مستأمنا؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة، والذمى ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذى التزم بمقتضاه أحكام الإسلام التزاما دائما فى مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان، فحكمه حكم الذمى. ولايختلف المستأمن عن الذمى إلا فى أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة، والذمى إقامته مؤبدة. وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام، بل تستوفى العقوبة حين القدرة عليه.

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمى فى دار الحرب، بخلاف جرائم الحربى المستأمن التى يرتكبها فى دار الحرب فإنه لايعاقب عليها فى دار الإسلام؛ لأنه لم يلزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره-٣٦٠-. أما المسلم والذمى فيستوى فى حقهما ارتكاب الفعل المحرم فى دار الإسلام أو فى دار الحرب مادام الإسلام يحرمه. وإذا كان اختلاف الدارين لايؤثر على تحريم الفعل، فإنه لايؤثر بالتالى على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم.

ويعاقب المسلم والذمى على الجرائم التى يرتكبها أحدهما فى دار الحرب، ولو كان الفعل مباحا فى دار الحرب كالربا، مادامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل.

أما إذا كان الفعل محرما فى دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه، فلا عقاب على من ارتكبه فى دار الحرب.

وإذا ارتكب الذمى جريمة فى دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام؛ لأنه يصبح حربيا بتركه دار الإسلام-٣٦١- ، وتزول صفته كذمى، فلا يعود ملتزما بأحكام الإسلام، وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود بحسبانه حربيا مستأمنا ذميا.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٠-": وهذا يكفى فى عقابه على جرائمه السابقة وإن كانت فى دار الحرب.

الصدر تعليق "رقم-٣٦١-": صيرورته حربيا لايمنع من معاقبته بعد القدرة عليه كما مر علينا ذلك قريبا. وعدم التزامه بأحكام الإسلام لايمنع من تطبيق أحكامه عليه مع الإمكان.

---

(١) مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٥٥،١٦٥، المدونة جـ ١٦ ص ٩١.

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٥٨.

(٣) المغنى جـ ١٠ ص ٥٣٧،٤٣٩، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٣.

عوده
وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام، وارتكب جريمة بعد ذلك فى دار الحرب فلا يعاقب عليها فى دار الإسلام ولو عاد مسلما؛ لأنه أصبح بردته وترك دار الإسلام حربيا، فلم يكن ملتزما وقت الجريمة بأحكام الإسلام-٣٦٢- .

ويَعُدُّ هؤلاء الفقهاء المعسكر الإسلامى أرضا إسلامية ولو كان فى دار الحرب، ولكن يستوى عندهم أن ترتكب الجرائم فى المعسكر أو فى خارجه، لأن الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أو فى دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذى سبق بيانه.

ويرى مالك والضافى ألاّ يؤخر العقاب على الجرائم التى يرتكبها الجنود إلى حين عودهم إلى دار الإسلام، بل تنفذ العقوبات كلما استحقت إلا إذا لم يكن لأمير الجيش حق توقيع العقوبة، وإلا إذا كان بالمسلمين حاجة إلى الجانى، أو كان لهم به قوة، وهذا الاستثناء الأخير للشافعى خاصة.

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند إلى دار الإسلام، أو حتى يعود الجانى وحده، وهذا الرأى يتفق مع رأى أبى حنيفة، وقد سبق أن بسطناه-٣٦٣- .

الصدر تعليق "رقم-٣٦٢-": مر علينا قريبا أن عدم التزامه بأحكام الإسلام لايمنع من معاقبته على الجريمة، إلا أن يتمسك القائل بعدم العقاب بالحديث المشهور (الإسلام يجب ماقبله)، ولكن يرد على الاستدلال بالحديث المذكور أن ظاهر الحديث اختصاصه بالإسلام الابتدائى ولايشمل الإسلام المسبوق بالارتداد لأن ظاهر ماقبله أن ماوقع منه لم يكن مسبوقا بالإسلام بل هو ملحوق به، ومايصدر من المرتد الذى يعود إلى الإسلام إنما صدر منه بعد إسلامه السابق وقبل إسلامه اللاحق فلايكون مشمولا للحديث المبارك. هذا مضافا إلى ضعف سند الحديث المذكور وعدم حجيته، وإنما اعتمدنا عليه فى الإسلام الابتدائى لاعتضاده بالسيرة القطعية إذ لم يعهد فى عهد النبوة الزاهر ولا فيما بعده من العهود الإسلامية أن عوقب الكافر بعد إسلامه على ماصدر منه من الجرائم حال كفره، ولم تثبت السيرة بالنسبة إلى من أسلم بعد الارتداد.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٣-": وقد سبق أن ذكرنا أن ذلك هو الرأى الراجح عند فقهاء المذهب الجعفرى، ويمكن الاستدلال على تأخير خصوص الحدود بما روى عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال : "لاتقام الحدود بأرض العدو".

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٦٠-إلى-٣٦٣-": يسرى عليها ماقلناه فى مناقشتنا للتعليق رقم ٣٥٧. ومع ذلك فلابد أن نكرر ملاحظتنا من أنه يحتج دائما بالأخبار، أما نحن فنفضل إعمال المبادئ العامة التى أشرنا إليها مرارا. فسقوط الحدود عن الجرائم التى ترتكب "بأرض العدو" كما يقول أساسه فى نظرنا أنها عقوبات استثنائية تسقط بالشبهة كما قلنا من قبل، وإذا كان هو يشير فى تعليقه رقم ٣٦٣ إلى مانقل عن الإمام جعفر بن محمد الصادق فإنه كان تأكيدا لالتزام هذا الإمام بتلك القاعدة الأساسية.

عوده وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هى عقاب المسلم والذمى على الجرائم التى يرتكبانها فى دار الحرب، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة، وكذلك جرائم التعازير التى ينص عليها أولو الأمر. ولكن القاعدة لاتنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة؛ لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر. فجرائم الحدود والقصاص التى ترتكب فى دار الحرب يجب العقاب عليها، وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة. وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها، ولكن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها. أما جرائم التعازير التى ينشئها ولى الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولى الأمر، ويجوز ألا يعاقب عليها، لأن ولى الأمر هو الذى حرم الأفعال المكونة لهذه الجرائم، ويجوز له أن يبيحها وألاّ يعاقب عليها إذا وقعت فى دار الحرب. ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب ليس واجبا فى كل الجرائم.

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة. أما نظريتا أبى حنيفة وأبى يوسف، فمقتضاهما أن لاعقاب على أى جريمة-٣٦٤- ترتكب فى دار الحرب مهما كان نوعها، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها، والولاية منعدمة فى كل الأحوال.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٤-": مر علينا قريبا أن الرأى الراجح عند فقهاء المذهب الجعفرى هو لزوم العقاب على أى جريمة ترتكب، وإن كان اللازم تأخيره إذا وقعت الجريمة فى دار الحرب إلى رجوع المسلم إلى دار الإسلام.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٦٤-": مذهب الجعفرية الذى يشير إليه السيد الصدر هو تطبيق سليم لمبدإ وجوب محاكمة المسلم أو الذمى (وكلاهما مواطن لايجوز تسليمه)، ويجب محاكمته على جرائمه فى الخارج بدلا من تسليمه إلى البلد الذى وقعت فيه الجريمة لمحاكمته هناك، وحتى لاتبقى الجريمة دون عقاب بسبب عدم جواز التسليم... ومعنى ذلك أنه إذا كان قد حوكم فعلا فى البلد التى وقعت فيها الجريمة أو اى بلد أجنبى آخر، فلا بد أن يؤخذ هذا بعين الاهتمام ولايجوز أن يحاكم على فعل واحد مرتين، وكنا نود لو أنه أشار لذلك فى التعليقين رقم -٣٦٠- و -٣٦١-.

إن ما عرضه من اختلافات بين آراء الأئمة الثلاثة (مالك والشافعى وأحمد) يؤيد قولنا إن التقنين الشرعى يجب أن يختار الرأى الذى يطبق على الجميع فى بلد معين مع مراعاة ظروف الزمان والمكان لكى يطبق القضاة حكما موحدا .

وما يقوله عن أحكام الجرائم التى يرتكبها المسلم أو الذمى فيما يسميه دار الحرب يجب فى نظرنا أن نميز فيه بين ما يتعلق باختصاص القضاء وما يتعلق بولاية الشريعة، لأن الأحكام التكليفية (مثل تحريم أكل مال الناس بالباطل وتحريم العدوان على حرمات الناس وحياتهم وأبدانهم وأموالهم وحقوقهم فى شريعتنا) لها فى نظرنا ولاية شخصية، إذ يلتزم بها المسلم حتى فى خارج إقليم دار الإسلام برغم أن قضاءنا لا ولاية له على الجرائم التى تُرتكب فى الخارج....

كما أننا بينا دائما أنه لايجوز عَدُّ الدول الأجنبية كلها دار حرب فى هذا العصر لأنها دار عهد وسلم، لوجود معاهدات ثنائية وجماعية تقر حالة السلم بل التعاون الدولى بين جميع الشعوب. فوصف دار الحرب يجب أن يكون محصورا فى البلاد التى نكون معها فى حالة حرب – وطول مدة الحرب فقط – كما حدث بالنسبة لإسرائيل ...

ويلاحظ أن القول بعقاب الجانى (المسلم الذمى) عن جريمة ارتكبها فى الخارج، إنما يكون فى حالة عدم محاكمته عنها فى أى بلد آخر (وبسبب عدم جواز تسليمه للبلد الذى وقعت فيه الجريمة)، ولكن يجوز فى نظرنا (إذا كان قد حوكم فعلا فى الخارج وحكم عليه بالعقوبة) أن تفرض عليه تعازير وقائية أو إصلاحية لأنها ليست عقوبة، ويمكن أن تضاف إلى العقوبة التى فرضت عليه فى الخارج إذا لم تكن كافية فى نظر قضائنا .

عوده ٢١٧ـ *بين الشريعة والقانون* : هذه هى النظريات الإسلامية الثلاث وهى تكاد تكون نفس النظريات التى عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم. فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها، تقضى بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم فى الداخل والخارج، وقد كانت هذه النظرية سائدة فى القرون الوسطى، وهى تماثل نظرية أبى حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون فى إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب، ولكنها تخالف نظرية أبى حنيفة-٣٦٥- فى أن القانون يتبع الرعايا فى الخارج، الأمر الذى لايراه أبو حنيفة. والثانية، تقضى بتطبيق القانون على جميع المقيمين فى أرض الدولة من وطنيين وأجانب على مايقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم، أما مايقع منهم فى الخارج فلا عقاب عليه، وقد ظلت هذه النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر، وهى نفس نظرية أبى يوسف. والثالثة، تقضى بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين وأجانب إذا ارتكبوا أى جريمة داخل حدود الدولة، كما تقضى بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التى ترتكب خارج أرض الدولة، وهذه النظرية هى السائدة اليوم فى القوانين الوضعية، وهى النظرية التى أخذ بها قانون العقوبات المصرى، ولافرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعى وأحمد، إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين-٣٦٦- تجعل العقاب واجبا فى بعض الجرائم التى تقع فى الخارج ولا خيار لولى الأمر فيه، وتترك لولى الأمر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة فى ذلك، أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ماترى مصلحة فى العقاب عليه من الجرائم التى تقع فى الخارج، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية، لأن الجرائم التى يجب فيها العقاب طبقا للنظرية الإسلامية هى أخطر الجرائم وأهمها، ومصلحة الدولة تقتضى العقاب عليها.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٥-": ولكنها موافقة فى هذه الناحية لنظرية فقهاء المذهب الجعفرى كما مر علينا ذلك قريبا.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٦-": ومنهم فقهاء المذهب الجعفرى.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٣٦٦-،-٣٦٦-": السيد الصدر يؤيد رأيه السابق فى تعليقاته أرقام ٣٣٩ وماتلاه باعتراضه على مانسبه فقيهنا للإمام أبى حنيفة، ويقول إن هذه هى نظرية فقهاء المذهب الجعفرى.

ورأينا هو أن شريعتنا تطبق على جميع الجرائم التى تقع فى بلادنا سواء كان مرتكبها مواطنا أو أجنبيا.

أما الجرائم التى ترتكب فى الخارج فلا تختص بها محاكمنا ولاتطبق فيها شريعتنا إلا فى حالات محدودة وبشروط أولها ألا يكون الجانى قد عوقب عليها فعلا فى أى بلد آخر.. وثانيها أن يكون الجانى لايجوز تسليمه للدولة التى وقعت الجريمة على أرضها – وهذا خاص بالمواطنين (مسلمين وذميين).

عوده **٢١٨ - كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام ؟** : يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار الإسلام، ودار حرب، وقد يظن البعض أن هذا يقتضى أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة، والبلاد الأجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة، وهو ظن لا أساس له من الواقع. فالنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الإسلامية محكومة بحكومة واحدة، وإنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام. والإسلام يقتضى أن يكون المسلمون فى كل بقاع الأرض يدا واحدة، يتجهون اتجاها واحدا وتسوسهم سياسة واحدة. وأبسط الصور وأكفلها بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الإسلام تحت حكم دولة واحدة. ولكن ليست هذه هى الصورة الوحيدة التى تحقق أهداف الإسلام، لأن هذه الأهداف يمكن أن تحقق مع قيام دول متعددة-٣٦٧- فى دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه اتجاها واحدا، وتسير على سياسة واحدة. والإسلام لايتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة الأمريكية، ولا مع نظام كنظام الولايات السوفيتية القائم فى روسيا، ولا مع نظام كنظام الدمنيون الإنجليز، ولايتنافى مع النظام القائم الآن فى البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التى تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات فى الدول العربية المختلفة، ولايتنافى مع قيام جامعة إسلامية تتكون من كل الدول الإسلامية، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها، وعلى حل مايثور فيها من نزاع داخلى. ولايتنافى الإسلام مع أى نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية، وأن هذه الأهداف هى أن يكون المسلمون يدا واحدة على من عداهم، وأن يكون اتجاههم واحدا وسياستهم واحدة-٣٦٨- .

وليس أدل على صحة مانقول من أن النظريات الإسلامية وضعت فى عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول : دولة العباسيين فى المشرق، ودولة العلويين فى المغرب، ودولة الأمويين فى الأندلس، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح فى كل قطر إسلامى دولة إسلامية.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٧-": بشرط أن تكون جميعها خاضعة لأمر الإمام (ع) وإرادته فى ظرف وجوده وترأسه للدولة الإسلامية، وأما فى ظرف عدم وجوده وغيبته فلا محل للشرط المذكور.

الصدر تعليق "رقم-٣٦٨-": والجميع يجب عليهم إطاعة الإمام المعصوم حال ترأسه للدولة الإسلامية.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٣٦٨-،-٣٦٨-": يشير إلى الامتيازات التى يقول بها الجعفرية للإمام المعصوم فى حالة وجوده وعدم غيبته، ولايعترف بها فقه السنة. أما فى حال الغيبة – فى عصرنا الحالى – فالرأى واحد لدى الجميع.

وتعدد الدول الإسلامية أصبح أمرا واقعا لايمكن إنكاره ولاتجاهله، ولذلك فإن السيد الصدر يؤيد ماقاله فقيهنا لأننا الآن فى حالة غيبة الإمام عندهم...

<عوده> وتَعُدُّ النظريات الإسلامية كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التى تحكمها، فقد كان المسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والإسبان والفرنسيين والرومان، وكانوا يَعُدُّون بلاد كل هؤلاء وغيرهم دار حرب.

فالمقصود إذن من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين، وإنما هو تقسيم العالم إلى قسمين: أحدهما: دار أمن وسلام للمسلمين، والثانى: دار خوف وعداء للمسلمين، وبيان الأحكام التى تسرى على المقيمين فى كل دار، وقد عُدَّت البلاد الإسلامية على اختلاف حكوماتها دارا واحدة، لأنها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية، فهى من هذه الوجهة وحدة قانونية لا تختلف فيها الأحكام باختلاف الجهات ولا باختلاف الأجناس، وعُدَّت البلاد غير الإسلامية دارا واحدة؛ لأن الأحكام التى تسرى عليها طبقا للشريعة الإسلامية أحكام واحدة لاتختلف باختلاف الجهات واختلاف الأجناس. وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم إلى دار حرب ودار إسلام.

وعلى هذا، فتعدد الدول الإسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الإسلامية، كما لم يمنع من تطبيقها قديما، فقد طبقها الأندلسيون فى الأندلس، والمغاربة فى المغرب، والعلويون فى مصر، والعباسيون فى بغداد، ونستطيع اليوم أن نطبقها فى مصر وفى لبنان وفى سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفى المغرب، وفى كل بلد إسلامى له حكومة تحكمه وحدود تحده.

ومن السهل تطبيق النظريات الإسلامية اليوم، ولكن تطبيقها يقتضى من كل دولة إسلامية أن تَعُدَّ نفسها ممثلة للإسلام فى جميع بقاع العالم لا فى داخل حدودها فقط. فمثلا إذا أردنا أن نطبق نظرية أبى حنيفة فى مصر، فإننا نعاقب أولا كل من يرتكب جريمة داخل حدود البلاد المصرية مسلما كان الجانى أو ذميا، مصريا أو شاميا أو عراقيا أو فلسطينيا أو فارسيا وهكذا، لأن كل فرد من رعايا أى دولة إسلامية لا يُعَدُّ أجنبيا بالنسبة لأى دولة إسلامية أخرى، ولأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة. تحكمها شريعة واحدة، ونعاقب ثانيا كل هؤلاء على أى جريمة يرتكبونها فى أى بلد إسلامى آخر، سواء كانوا يقيمون فى مصر إقامة دائمة أو إقامة مؤقتة، بشرط ألاّ يكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة فى محل ارتكابها، أو فى أى بلد إسلامى آخر؛ فإذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة فى أى بلد إسلامى آخر بغير العقوبة التى توجبها الشريعة، وجب أن يعاقبوا مرة ثانية بالعقوبة المقررة فى الشريعة، لأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها، ولأن الإسلام يوجب على كل دولة إسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر إلى تغيير المنكر والنهى عنه، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التى توجبها الشريعة على من استحقها.

عوده ⟩ وماسبق يصدق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولى الأمر فى جرائم التعازير حق العفو-٣٦٩- عن الجريمة والعفو عن العقوبة، وليس له ذلك فى جرائم الحدود، ولا فى جرائم القصاص والدية. أما جرائم التعازير التى يحرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ماقلنا، ولايعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محرما فى محل وقوعه، ومحل المحاكمة عليه. فإذا كان الفعل مباحا فى محل وقوعه امتنع العقاب عليه فى أى دولة أخرى، وإذا كان محرما فى محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه فى أى محل آخر.

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة، وبين جرائم التعازير من جهة أخرى، أن إقامة العقوبات فى جرائم الحدود واجبة على كل مسلم، لايصح تأخيرها، ولايجوز العفو عنها، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة مالم يعف عنها المجنى عليه أو ولى دمه. فإذا لم تقم حكومة إسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت إقامتها على الحكومات الأخرى، وإن لم تقمها الحكومات وجبت على الأفراد، أما عقوبات التعازير فيجوز إيقاف تنفيذها والعفو عنها.

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة، وجرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر، أن الأفعال المكونة للنوع الأول لايجوز إباحتها وإن جاز العفو

الصدر | تعليق "رقم-٣٦٩-": ليس له حق ذلك إذا كان الشارع قد حكم بكونها جريمة، وإنما له حق العفو عن العقاب فى غير الجريمة التى أمر الشارع بالمعاقبة عليها.

الشاوى | رأينا فى "التعليق-٣٦٩-": يوجب علينا أن نذكّر باختلافنا مع فقيهنا والسيد الصدر معا بشأن المقصود بأولياء الأمر فى العفو وفى كل مايتعلق بالتشريع والقضاء، وأنه ليس رئيس الدولة كما يقول كثيرون بل هم أهل الاجتهاد. وإذا كان القرار يصدر من رئيس الدولة فيكون ذلك بناء على طلبهم.

التفرقة بين عقوبات الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى هى تفرقة دقيقة، ومرجعها أن الحدود والقصاص عقوبات قصوى استثنائية أمر الشارع بسقوطها كلما وجدت شبهة – لذلك فإننا نشير إلى ماذكرناه من قبل من أننا نفضل الرأى الذى رجحه السيد الصدر فى تعليقه رقم ٣٤٥ عن أنه فى حالة محاكمة الجانى عن جريمة ارتكبت فى دار الحرب، أو فى الخارج، نرى استبعاد العقوبات القصوى الاستثنائية أى الحدود والقصاص والاكتفاء بالتعازير دائما..

والتفرقة بين التعازير عن المعاصى الشرعية (التى وردت بشأنها أحكام شرعية تكليفية)، وغيرها مما حرمه "أولياء الأمر" فى بلد معين وزمان معين، التى أقرها السيد الصدر فى تعليقيه رقمى ٣٦٩ و ٣٧١، لها نظير فى القوانين الوضعية التى تشترط لمحاكمة مرتكب جريمة فى الخارج أن يكون معاقبا عليها فى البلدين.

‹عوده› عن الجريمة وعقوبتها، أما الأفعال المكونة للنوع الثانى فيجوز إباحتها بعد تحريمها فضلا عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها.

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبى يوسف، فإنا نعاقب فوق ماتقدم كل مستأمن ارتكب جريمة فى أى بلد إسلامى إذا لم يعاقب عليها فى محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعا، لأنه بدخوله هذا البلد الإسلامى التزم بأحكام الإسلام، وتلك الأحكام تلزم كل دولة إسلامية أن تطبقها. وعلى هذا، تكون كل دولة إسلامية قادرة على أن تعاقب طبقا للشريعة كل مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب جريمة فى دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعا فى حدود الدولة التى توقع العقوبة أو فى حدود دولة إسلامية أخرى.

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعى وأحمد فإنا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمى من رعايا مصر أو من رعايا أى دولة إسلامية على مايرتكبه فى دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة. ولكل دولة إسلامية أخرى مثل هذا الحق على رعايا الدول الإسلامية الباقية، لأن من واجب كل حكومة إسلامية أن تقيم الحدود ولا تؤخرها، فإذا تركتها حكومة وجبت على أى حكومة أخرى-٣٧٠- تستطيعها. أما إذا كانت الجرائم الواقعة فى الخارج تعازير لما حرمها الشارع، فيعاقب عليها فى كل دولة تحرمها رعايا هذه الدولة ورعايا الدول الإسلامية الأخرى إذا كانت قوانين تلك الدول تعاقب عليها، فإن لم تكن تعاقب عليها فلا يصح أن يعاقب عليها رعاياها فى أى دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها، لأن عدم العقاب عليها فى الدولة التى يتبعها الجانى يُعَدُّ إباحة لها-٣٧١-. وإذا لجأ الجانى بعد ارتكاب الجريمة التى تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لاتحرمها فلا يصح أن يحاكم الجانى على الجريمة فى الدولة التى لجأ إليها، لأن الفعل مباح طبقا لقوانينها، وإنما يصح أن يسلم الجانى لدولته لتعاقبه إذا طلبت ذلك.

وليس من الضرورى للعقاب على الأفعال التى تقع فى دار الحرب أن تكون معدودة جرائم فى دار الحرب، لأن العقاب يجب طبقا للشريعة التى يلتزم المسلم والذمى بأحكامها أينما كان أحدهم، فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحا فى دار الحرب أو محرما.

[المصدر] تعليق "رقم-٣٧٠-": وهذا هو القول الراجح كما مر عليك ذلك قريبا.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٧٠-": يؤيد ماقاله فقيهنا من أن قضاء كل دولة إسلامية يلتزم بتطبيق الشريعة على الجرائم التى يرتكبها مسلمون ولو لم يكونوا من رعايا تلك الدولة – لأن المسلمين جميعا أمة واحدة تلتزم بالشريعة رغم اختلاف الدول أو تعددها.

[المصدر] تعليق "رقم-٣٧١-": لايصح إباحة ماحرمه الله وأوجبه. نعم يصح ماذكره المؤلف فيما حرم لنهى رئيس الدولة عنه.

في الدول كذلك :

آراء فقهائنا المختلفة المتعددة يوجَد ما يماثلها في الفقه العصرى وفي القوانين الوضعية. والمشكلة في نظرنا هي اختيار الرأى الذى يتناسب مع ظروف زماننا وظروف كل بلد من بلادنا؛ وقد ذكرنا أننا لانوافق على القول بأنه لايوجد في العالم إلا دار حرب ودار إسلام، لأنه لايتفق مع أحوال العالم اليوم لأن جميع الدول قد تعاهدت وتواصلت وأصبحت كلها دار عهد وسلام، وإذا وجدت حالة حرب قانونا أو فعلا فهى محدودة زمانا ومكانا .

ثم إن "دار الإسلام" لم تعد بالصورة التى تحدث عنها الفقهاء من قبل عندما قالوا إنها هى البلاد التى تحكم بالشريعة الإسلامية؛ لأن كثيرا من الدول الإسلامية لاتلتزم الآن بتطبيق الشريعة؛ بل هناك من يعاقبون الذين يدعون إلى تطبيقها أو يطالبون به ويتهمونهم بالتطرف أو الرجعية أو التآمر أو الإرهاب؛ وهناك من يحرضون الدول الأجنبية للقضاء على المطالبين بتطبيق الشريعة إذا لجأوا إليها بل يلومون ساستها – ويعاقبونهم لأنهم يؤوونهم في البلاد الأجنبية التى لجأوا إليها هربا من اضطهاد بعض السلطات في بلادهم .. وهناك من يحرمون شعوبهم من الانتخابات الحرة إذا أدت إلى نجاح من يدعون للإسلام وشريعته؛ ويعللون ذلك بأن القوى الأجنبية ذات النفوذ العالمى تريد ذلك وأن العالم أصبح قرية واحدة يحكمها نظام عالمى غير إسلامى تسيطر عليه قوى أجنبية تمثل أغلبية على المستوى الدولى. إنهم يلتزمون بالسير مع "الأغلبية" غير الإسلامية في هذا النظام الدولى، وهى في نظرهم تكره الإسلام وتعادى "الأصوليين" الذين يطالبون بتطبيق الشريعة، ويفضلون أن يلتزموا بما تفرضه علينا القوى الأجنبية. هذه ناحية .

وناحية أخرى – أن فقهاءنا يصفون دار الإسلام بأنها دار أمن للمسلمين، وأن دار الحرب دار خوف وعداء للمسلمين، ويجب أن يستثنى من ذلك بعض الحالات عندما نرى من يطالبون بتطبيق الشريعة يجدون في بعض البلاد الأجنبية أمنا لايتوافر لهم في بلادهم التى ينتمون إليها والتى يَعُدُّها البعض بلادا إسلامية ولو كانت تضطهد من يطالبون بتطبيقها.

إن البحث في تطبيق الشريعة الإسلامية على أفعال الأفراد في الخارج يستلزم البحث في تطبيقها عليهم في الداخل أولا، وكذلك في تطبيقها على "الدول" ذاتها ومن يتولون السلطة فيها – وكثير منهم لايعترف بالشريعة في الأوضاع الحالية، ولا يخضع لأحكامها في حياته الخاصة أو في ممارسته لسلطات الدولة .

إن لنا في هذا الشأن رأيا خاصّا هو أن تطبق العقوبات الشرعية وبخاصة الحدود لايجيز أن يقوم به حكام لايلزمون أنفسهم بأحكام الشريعة، أو يبيحون لأنفسهم مخالفتها والتباهى

السلطة التي لا تلتزم بأحكام الشريعة يجب تصحيحها بدلاً من قيام الأفراد بتنفيذ الحدود على غيرهم :

بعدم الالتزام بها ثم يطالبهم البعض بتطبيق الحدود – وقد يزعمون أنهم سوف يطبقونها على الأفراد.. فالشرط الأول لتطبيق الحدود أو المطالبة بها هو إقامة السلطة التي تخضع للشريعة والحكومات التي تلتزم بها هي أولاً، وكثير من بلادنا لم تتجاوز هذه المرحلة، ولا نعتقد أن سلطات تلك الدول تكون مؤهلة لتطبيق الحدود على الأفراد قبل أن تطبق عليهم وعلى أعوانهم، ولايجوز في نظرنا أن نطالب هذه الحكومات الجائرة بتطبيق الحدود على الأفراد – ولا أن نقبل منهم ذلك ونصفهم بأنهم طبقوا الشريعة لمجرد أنهم طبقوا الحدود على غيرهم وهم أول من يجب أن تطبق عليهم تلك الحدود. فإذا لم يستطع المسلمون إقامة هذه السلطة التي تخضع للشريعة وتلتزم بها، فلا يستطيعون أن يصفوا بلادهم بأنها دار إسلام إلا بعد ذلك... وعلى ذلك، فإن كل ما قاله في هذا الشأن هو أحكام مستقبلية سابقة لأوانها في نظر من يطالبون بتطبيق الشريعة؛ ويأملون في تحقيق ذلك في المستقبل لأنهم لم يصلوا لذلك في بلادهم. أما الذين يعارضونها فيدَّعون أنها قد مضى زمانها، ومنهم كثيرون يغتصبون السلطة ويحكمون بأهوائهم ويلتزمون بقرارات أعداء الإسلام وسياساتهم .. بل ونرى بعضهم يتحالف مع القوى الأجنبية لمنع تطبيق الشريعة والقضاء على من يعملون لهذا بحجة أنهم "أصوليون" أو أنهم متشددون أو متطرفون .

بل نخشى أن يزين لهم فقهاء السلاطين أنهم مؤهلون لمعاقبة الأفراد الذين يَعُدّونهم خصوماً أو معارضين زاعمين أنهم يطبقون الحدود أو الأحكام الشرعية التي يرفضون الالتزام بها هم وأعوانهم.. فهؤلاء يصدق عليهم قول الحق تبارك وتعالى بأنهم يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون ببعض ...

ولا داعي لتكرار ما قلناه عن معارضتنا للقول الجزائي بأن "كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة" !!! – رغم تأييدنا لقوله إن البلاد الإسلامية إنما تعد دار إسلام لأنها محكومة بالشريعة الإسلامية – وهذا ما نتمناه ونعمل له ... لكننا بكل أسف نرى أن الطريق لذلك طويل، بل ومحفوف بالأخطار والمخاوف ...

أول مبادئ شريعتنا التي ندعو لتطبيقها هو أن المسلمين جميعا أمة واحدة ويجوز لكل فرد من أفرادها التنقل بين جميع الدول الإسلامية

ونتمنى أن يكون أول ما تطبقه دولنا هو دعوته إلى أن كل رعايا الدول الإسلامية لا يجوز عَدُّهم أجانب بالنسبة لأى دولة إسلامية أخرى.. ونحن فى هذا قد نقر لتلك الدول بهذه الصفة حتى ولو لم يطبقوا من شريعتنا إلا هذا المبدأ.. لأننا نَعُدّ هذا بداية لما مابعدها..

أما ما قاله من أن الدولة إذا لم تطبق عقوبات الحدود والقصاص فإنه يجب على الأفراد أن يطبقوها ... فلا نوافق عليه. بل الأصح فى نظرنا أن الأفراد ملزمون بالجهاد لإقامة الدولة التى تطبق الشريعة، لا أن يطبقوا هم الحدود بدلا من الدولة أو الحكومة التى يستسلمون لجورها وبغيها ويشجعونها على ذلك باستسلامهم لها.

وأبعد من ذلك عن الصواب هو ما نقله عن بعض الآراء من التفرقة بين الحدود والقصاص وبين التعازير، ثم التفرقة بين التعازير التى تكون معاصى شرعية والتعازير التى يجرمها أولو الأمر ... والحجة فى ذلك هو أهمية العقوبات المقدرة شرعا، لكن هذه الأهمية وهذه الخطورة تستوجب ضمانات أكثر لتطبيقها. وأولى هذه الضمانات فى نظرنا هى أن تعرض على القضاء المستقل ليتأكد من توافر شروط تطبيقها شرعا وعدم وجود شبهات يترتب عليها سقوطها .... بدلا من أن نعطى لكل فرد أن يقيم نفسه قاضيا وناطله بالحكم على غيره من الأفراد أو تنفيذ الحكم عليهم ...

عوده ٢١٩ـ *نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية* : ويتبين مما سبق أن كل جريمة يرتكبها رعايا الدول الإسلامية فى الداخل أو فى الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة-٣٧٢- المقررة لها فى الشريعة الإسلامية، وأن ترك الجانى بلده وهربه منها إلى بلد إسلامى آخر لاينجيه من المحاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه. والسبب الوحيد فى الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعا لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية، وعَدُّ البلاد الإسلامية دارا واحدة على اختلاف أقطارها، وعَدُّ كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى فى إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة.

هذه هى النتيجة التى يؤدى إليها تطبيق النظريات الإسلامية، وإنها لهى عين الحلم الجميل الذى يحلم به علماء القانون الوضعى حين يتمنون أن يكون القانون الجنائى موحدا فى كل الدول، وأن تُعَدَّ كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى فى إقامة حق العقاب، بحيث لايستطيع المجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة فى دولة وهرب لأخرى، وبحيث يعاقب على جريمته فى أى مكان يوجد به نفس العقوبة المقررة لجريمته فى محل ارتكابها.

هذا هو الحلم الجميل الذى تحلم به المجامع الدولية للقانون الجنائى، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام. وهذا الحلم الجميل هو الحقيقة التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا، وهو النظرية التى طبقتها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين فى أصقاع العالم. ويكفى الشريعة فخرا أنها سبقت بمُثلها العليا وأنظمتها المثلى، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المبتكرة وأحلامها الجميلة إنما تسير على هدى الشريعة، وتتبع أثرها، وتعمل على منوالها، وقلَّ مع ذلك أنها تلحق بها.

٢٢٠ـ *مايدخل فى دار الإسلام* : يُعَدّ دارا للإسلام كل البلاد التى فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية، وكل البلاد التى دخلت فى ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الإسلام ولو لم يكن فيها مسلمون، وكل الأماكن التى يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولايمنعهم من ذلك مانع.

ويدخل فى دار الإسلام كل مايتبعها من جبال وصحارى وأنهار وبحيرات وأراض وجزر ومافوق هذه جميعا من طبقات الجو مهما ارتفعت.

ويُعَدُّ فى حكم دار الإسلام كل مكان فى دار الحرب يعسكر فيه الجيش الإسلامى، وتُعَدُّ المراكب الحربية قياسا على هذا جزءا من دار الإسلام.

الصدر: تعليق "رقم-٣٧٢-": وإن لم يكونوا حال الجريمة من رعايا الدولة الإسلامية.

الشاوى: رأينا فى "التعليق-٣٧٢-": نحن نؤيد ماذكره السيد الصدر ضمنا الذى أيد فيه قول فقيهنا فى وجوب تطبيق أحكام الشريعة فى جميع الدول الإسلامية على جميع المسلمين مهما اختلفت دولهم أو مواطنهم، وكنا نتمنى أن يضيف أن اختلاف المذاهب بين الدول القطرية لايمنع من ذلك.

عوده والأصل فى الشريعة أن البحار العامة ليست ملكا لأحد؛ وهذا يتفق مع القانون الدولى فى عصرنا الحاضر، وليس فى الشريعة مايمنع من جعل البحار الإقليمية تابعة للدولة التى تملك الشاطئ إلى حد معين.

ولم يذكر الفقهاء شيئا عن السفن غير الحربية؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبى حنيفة وأصحابه يؤدى إلى عدم العقاب على الجرائم التى ترتكب فيها إذا كانت فى مياه إقليمية تابعة لدار الحرب، أما إذا كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد، كما لو كانت فى وسط البحر، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التى ترتكب فيها. أما تطبيق نظرية مالك والشافعى وأحمد فيؤدى إلى العقاب على الجرائم التى ترتكب فى السفن التجارية سواء كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو دار الحرب-٣٧٣-، أو فى مياه عامة مع مراعاة التفرقة التى ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص، وبين جرائم التعازير، والتفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة، وبين جرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر.

وتطبق القواعد السالفة على الطائرات، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التى ترتكب فيها، لأنها تأخذ حكم المعسكر والسفن الحربية، أما الطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية.

٢٢١ـ *الشريعة والقانون* : — والقوانين الوضعية لاتختلف حكمها شيئا عن الشريعة فى هذا كله، فهى تَعُدُّ الفضاء الذى يعلو أرض الدولة تابعا لها، وتجعل المياه الإقليمية المجاورة للشاطئ تحت سيادة الدولة التى تملك الشاطئ، وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التى تتبعها. أما السفن التجارية فيطبق عليها قانون الدولة التى تتبعها طالما كانت فى المياه التابعة لهذه الدولة أو فى عرض البحر، فإذا كانت فى مياه دولة أخرى فقد اختلفت الدول فى حكم هذه الحالة، فالبعض يطبق قانون الدولة صاحبة المياه لاقانون الدولة التى تتبعها السفينة، وهذا هو المتبع فى إنجلترا، وهو تطبيق لنظرية أبى حنيفة وأبى يوسف. وكثير من الدول يَعُدُّ السفينة خاضعة لقانون الدولة التى تتبعها، وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة. وفى فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية فى حالات دون أخرى، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين.

الصدر تعليق "رقم-٣٧٣-": وهذا هو القول الراجح كما مر علينا سابقا من لزوم عقاب المجرم أينما وقعت الجريمة.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٧٣-": نعتقد أن قول فقيهنا والسيد الصدر عن السفن التجارية يقصد به السفن التى تحمل علم الدولة الإسلامية.

أما السفن التى تحمل علم دولة أجنبية فالجرائم التى ترتكب عليها تعامل مثل الجرائم التى ترتكب على أرض الدولة التى تحمل علمها.

مع الالتزام بمصادر شريعتنا :

إنه يصف التزام جميع "الدول الإسلامية" بوحدة الشريعة بأنه حلم جميل، فمتى يتحقق هذا الحلم؟ ويصف دار الإسلام بأنها البلاد التي تخضع لسلطان المسلمين ويلتزم أهلها بأحكام الإسلام والتي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولايمنعهم من ذلك مانع ...

ثم إنه في مقارنته بين الشريعة والقوانين الوضعية يصل إلى أن أوجه الخلاف بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية محدودة يمكن إصلاحها .

وليس هو أول من يقول بذلك؛ فإنه يُنسب إلى الإمام الشيخ / محمد عبده، أنه قال: "إن بعض البلاد الأجنبية وجد فيها مبادئ الإسلام ولو أن سكانها غير مسلمين، أما في بلادنا فهناك مسلمون لكن الإسلام غريب فيها!!!..." .

ويرى البعض أن ذلك يؤيد ما ورد عن النبي (ﷺ) من قوله: "إن الإسلام بدأ غريبا (في بلده) وسيعود غريبا – فطوبى للغرباء".

وغرباء عصرنا هم الذين يسعون للإصلاح عن طريق تطبيق مبادئ الشريعة وخصوصا الشورى الحرة التي عطلها المستبدون منذ زمن بعيد عندما سيطر الملك العضوض وقضى على الخلافة الراشدة التي تلتزم بالشورى، والذين يسعون لذلك ويتعرضون بسببه للاضطهاد في بلادهم وينفون منها كما حدث للشيخ/ محمد عبده، وأستاذه/ جمال الدين الأفغانى، أو يضطهدون ويلجئون إلى بلد أجنبي كما هو حادث الآن بالنسبة للكثيرين، أو يعدمون شنقا كما حدث لفقيهنا الشهيد .

وفى لقاءاتنا مع بعض هؤلاء "اللاجئين"، نجدهم يرددون قول الإمام/ محمد عبده، ويفسرونه بأن كثيرا من مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بحقوق الإنسان وتأمين اللاجئين قد توصلت إليها وطبقتها دول أجنبية – يصفها البعض بأنها دار حرب – فى حين لايجدون لها أثرا في بلادهم التي توصف بأنها إسلامية لأن سكانها مسلمون؛ ويذكرون على الأخص حماية حقوق الإنسان وحريات الشعوب – في اختيار حكامها ومساءلتهم – التي تقدسها الشريعة ولايعترف بها حكام كثير من البلاد التي يَعُدّونها داخلة ضمن دار الإسلام .

صحيح أن الدول الأجنبية التي يعيشون فيها أو يلجئون إليها تؤيد سياسة الدول المعلنة للتنكر للشريعة والحكومات التي تعلن مقاومة من يدعون لتطبيقها؛ بل وتفرض عليهم ذلك وتلزمهم به في بعض الأحيان، لكنهم بسبب احترامهم لقوانينهم ودساتيرهم "الوضعية" لايستطيعون أن يقوموا بأعمال القهر والظلم والبغي على الأفراد مثل التي يمارسها الحكام المستبدون وأعوانهم في بعض بلاد الإسلام ...

❁ يجب إلزام السلطة فى بلاد الإسلام وغيرها باحترام حقوق الإنسان التى تحميها شريعتنا:

بل إن هناك بوادر تدل على أن بعض حكام الدول الأجنبية يتجهون إلى التنسيق مع النظم الاستبدادية فى بلادنا، ولو استدعى ذلك إلى تعديل قوانينهم "الوضعية" ليتمكنوا من إكمال الحصار والاضطهاد على "الأصوليين" فى بلادهم أيضا أسوة بما يقع فى بلادنا على أيدى إخواننا من الحكام.

ومعنى ذلك أن مسئولية المطالبين بتطبيق الشريعة قد زادت؛ وسوف تزداد أكثر بسبب النكسة التى بدت ملامحها فى التشريعات الأجنبية الوضعية التى تتجه الآن إلى تقييد حقوق الإنسان المسلم أو اللاجئ بحجة مقاومة "الأصولية" أو مقاومة الإرهاب ... ولم تعد نزيهة كما وجدها الشيخ/ محمد عبده فى أيامه، وغيره ممن لجئوا لتلك البلاد قبل هذه الأيام.

معنى ذلك أن كفاحنا من أجل المبادئ الإسلامية التى تقدس حقوق الإنسان وتحمى حرماته وحقه فى المطالبة بتطبيق الشريعة؛ لم يعد مقصورا على بلادنا؛ بل أصبح كفاحا على مستوى العالم كله الذى تديره الآن وتخطط له قوى عالمية ترى أن الإسلام عقبة فى سبيل استمرار هيمنتها، ويقول لها كثيرون من فلاسفتهم إن حضارته ستكون بديلا عن حضارتهم المادية بعد انهيارها – الذى يتوقعونه هم – لما يؤكد قوله بأن الشريعة الإسلامية ذات طابع عالمى فى الأصل، وستكون كذلك فى المستقبل.

ومن المؤكد أننا لن نكون وحدنا فى هذه المعركة؛ بل إن كثيرين من الأحرار وأصحاب الفكر الرشيد فى البلاد غير الإسلامية، بل وكثيرا من الشعوب والجماهير التى تقاسى من البغى والفساد المتزايد فى بلادها ستشاركنا فى هذا الجهاد ... وسوف تسعد بانتصارنا وتستفيد من مزايا شريعتنا. والتفاؤل الذى يشير إليه لأن بعض الأحكام الفرعية فى القوانين الوضعية ليست بعيدة عن أحكام فقهنا (فيما يخص إقليمية القوانين والاستثناءات أو الأحكام التى تصل إليها فيما يخص الجيوش والطائرات والسفن ... إلخ) يوجب علينا القول بأن العبرة ليست بالأحكام التفصيلية والتقارب بين أمثالها بين فقهنا والنصوص الوضعية – بل الذى يهمنا ويجب أن نسعى إليه ونعمل له هو إعمال الأصول والمبادئ والنظريات العامة فى شريعتنا، لتكون هى المنبع الذى نستمد منه اجتهاداتنا وتغنينا عن التسول على موائد غيرنا او التبعية الثقافية أو السياسية لمن يسعون للسيطرة علينا واستغلال بلادنا وشعوبنا، ونأمل أن تستفيد منها النظم والقوانين الأجنبية فى المستقبل.

هذا هو ما نقصده عندما نطالب بالالتزام بالشريعة ولم يعد يكفينا تشابه الأحكام الفرعية طالما أن الأصول غير متفق عليها ...

<عوده> ٢٢٢- تسليم المجرمين وإبعادهم :- ذكرنا أن الدول الإسلامية تُعَدُّ كل منها ممثلة للإسلام فى تطبيق الشريعة الإسلامية، فإذا جنى عراقى مثلا جناية فى العراق أمكن محاكمته عنها فى مصر، لكن قد يحدث أن يجنى المسلم أو الذمى أو المستأمن جناية فى بلد إسلامى ثم يهرب إلى بلد إسلامى آخر، أو يهرب إلى دار الحرب، فتطلبه الدولة التى وقعت فى أرضها الجريمة لمحاكمته، فهل يمكن تسليمه إليها لمحاكمته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجانى بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن، فهل يمكن أن تبعده الدولة من أرضها من اتصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلى واحد بعد الآخر.

٢٢٣- أولا - تسليم المجرمين : من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجانى على جريمته فى محل وقوعها أفضل من محاكمته عليها فى غير هذا المحل، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام، لأن المحل الذى وقعت فيه الجريمة يتيسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها، لوجود الشهود به، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة، والإحاطة بكل ظروفها-٣٧٤-.
كما أن عقاب المجرم على جريمته فى محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة. فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر، تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو علموا بها. والعقوبة التى تقام فى غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب المجرم فإنها لاتؤدى وظيفتها كاملة من حيث الزجر. وعلى هذا يحسن أن يسلم الجانى إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لمحاكمته، وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجانى فى الدولة التى هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التى تطلب التسليم.

ولكن من الممكن أن يقال أيضا : إن فى تسليم الجانى الذى ينتمى إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لمحاكمته على جريمة ارتكبها فى أرض الدولة الأخيرة يعرض الجانى لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لايعرفهم ولايتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة، وقد يؤدى التسليم لظلمه والإضرار به.

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن إذا فكرنا فى تسليم المجرمين؛ ولكل منهما وجاهته ومحاسنه وعيوبه. وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطا بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة بقدر الإمكان، وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع، وأساس هذا الرأى الوسط التفرقة بين التسليم لدولة إسلامية، والتسليم لدولة غير إسلامية.

[الصدر] تعليق "رقم-٣٧٤-": مع إمكان الاستماع إلى الشهود والإحاطة بظروف الجريمة، ومع تمكنه من الدفاع عن نفسه وإلا فلا يصح ذلك.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٧٤-": تحفظ السيد الصدر فى محله لأن مبدأ إقليمية القضاء معترف به ويوجب اختصاص قضاء الدولة التى وقعت الجريمة بأرضها ووجوب تسليم المجرم لها - لكننا نرى أنه لايجوز التسليم إلا فى حالة التأكد من نزاهة التحقيق وتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه.

عوده ٢٢٤- التسليم لدولة إسلامية :- ليس فى الشريعة مايمنع من أن تسلم أى دولة إسلامية لأى دولة إسلامية أخرى أى مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب فى أرض إحدى الدولتين جريمة ما، والتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقا لنصوص الشريعة، فإن لها أن تمتنع عن تسليمه؛ لأنه لايجوز طبقا للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين. فإن كانت المحاكمة التى تمت على غير أساس الشريعة، فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجانى طبقا لنصوص الشريعة.ولاعبرة بالعقوبة التى وقعت على الجانى على خلاف نصوص الشريعة، ولاقيمة للمحاكمة التى انتهت بهذه العقوبة، لأنها محاكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لاتعترف بها الشريعة وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجانى وتطبق عليه نصوص الشريعة، وكانت الدولة طالبة التسليم لاتطبق نصوص الشريعة، أو لاتنوى تطبيقها، وهذا طبعا لايكون إلا فى الجرائم ذات العقوبات المقدرة أى فى جرائم الحدود والقصاص.

وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة، وهى أن كل بلد إسلامى يُعَدّ جزءا من دار الإسلام وأن كل الدول الإسلامية تُعَدّ ممثلة للإسلام، وعلى كل منها أن تقيم حدوده، وتنفذ أحكامه. ففى حالة التسليم لايسلم الجانى إلى دولة غريبة عنه، ولايحاكم بشريعة يجهلها، ولايعرضه التسليم لظلم أو ضرر، والتسليم لايقصد منه إلا ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام، وفى حالة الامتناع عن التسليم لدولة إسلامية لايكون الامتناع إلا لإقامة نصوص الشريعة ولتحقيق العدالة والزجر عن الإجرام.

٢٢٥- التسليم لدولة غير إسلامية : — لاتجيز الشريعة الإسلامية لدولة إسلامية أن تسلم رعاياها مسلمين أو ذميين ليحاكموا فى دار الحرب عن جرائم ارتكبوها فى تلك الدار. ولايجوز لدولة إسلامية أن تسلم أيضا رعايا أى دولة إسلامية أخرى لدولة غير إسلامية، لأن هؤلاء فى حكم رعاياها من الوجهة الشرعية.

ولاتجيز الشريعة لدولة إسلامية أن تسلم مسلما منتميا لدولة محاربة إذا هاجر لدار الإسلام من دار الحرب، ولو طلبته الدولة التى كان يقيم بأرضها، مالم يكن هناك اتفاق سابق على التسليم، فإن كان هناك اتفاق سابق وجب الوفاء بشروطه إلا الباطل منها، ويُعَدُّ الاتفاق على التسليم باطلا إذا كان له أثر رجعى، أى إذا أريد به تسليم المسلمين اللاجئين لدار الإسلام قبل الاتفاق. ويُعَدُّ باطلا كل شرط يقضى بتسليم النساء المسلمات اللاجئات إلى دار الإسلام سواء لجأن لدار الإسلام قبل الاتفاق أو بعده، فالمرأة المسلمة لايجوز تسليمها بأى حال لدولة غير إسلامية، ولو كانت من رعاياها أصلا، ولو كان لها زوج وأولاد وأهل يطلبونها فى دار الحرب، لقوله تعالى:﴿يأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا تَرجعوهن إلى الكفار لاهنَّ حل لهم ولاهم يحلون لهن﴾ [الممتحنة:١٠].

عوده وقد اختلف فى صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق، فيرى أحمد وبعض الفقهاء فى مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به[1]. ويرى أبو حنيفة وبعض الفقهاء فى مذهب مالك أن شرط التسليم باطل، وحيث لايجيزون تسليط غير المسلم على المسلم بأى حال[2]. ويفرق الشافعية-٣٧٥- بين من له عشيرة تحميه، فى دار الحرب، ومن ليس له عشيرة تحميه، ويجيزون تسليم الأول دون الثانى، وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة[3].

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب ولجأ إلى دار الإسلام يُعَدُّ بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار، ورعية للدولة الإسلامية التى دخل أرضها، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه إنما تمتنع عن تسليم أحد رعاياها، وهذا فى ذاته تطبيق لقاعدة الشريعة العامة التى لاتجيز للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها لدولة غير إسلامية. ولا يُعَدُّ تسليم الرعايا لدولة إسلامية أخرى خروجا على هذه القاعدة العامة، لأن أراضى الدول الإسلامية كلها تُعَدُّ داراً للإسلام وتخضع لشريعة واحدة هى الشريعة الإسلامية، ولأن كل دولة إسلامية تمثل النظام الإسلامى فى العالم كله.

ويجوز لأى دولة إسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التى يتبعها إذا طلبته لتعاقبه على جريمة ارتكبها فى بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضى بذلك-٣٧٦-، ولكن ليس لها أن تسلمه إلى دولة أخرى غير دولته-٣٧٧-،لأن هذا يتنافى مع عقد الأمان الذى

الصدر تعليق "رقم-٣٧٥-": وهو أرجح الأقوال عند فقهاء المذهب الجعفرى.

الصدر تعليق "رقم-٣٧٦-": أو كانت تلك الدولة إسلامية.

الصدر تعليق "رقم-٣٧٧-": إلا أن تكون تلك الدولة إسلامية.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٧٥-،-٣٧٦-،-٣٧٧-": تعليق السيد الصدر متفرع عن رأيه الذى أيدناه فى تعليقه رقم-٣٧٤-، وهو ضرورة ضمان تمكن المتهم من حق الدفاع، وإن كان هنا يعبر عنه بأن تكون له عشيرة تحميه.

إن موضوع التسليم يخضع عادة للمعاهدات التى تلتزم بها الدول فى العصر الحاضر فيما بينها، وتكون أحكامها متبادلة – ولانرى أن الدول التى نصفها الآن بأنها إسلامية تفرق فى تلك المعاهدات بين الدول الإسلامية وغيرها، لذلك فإن تحفظات السيد الصدر فى التعليقين -٣٧٦- و-٣٧٧- خاصة بالحالات التى لاتوجد فيها معاهدات بين الدول تلتزم بتنفيذها.....

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٤، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦.

(٢) لفتح القدير جـ ٤ ص ٢٩٦، روح المعانى للألوسى جـ ٢٨ ص ٦٧،٦٨، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٧.

(٣) المهذب جـ ٣ ص ٢٧٧، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٢٧.

<عوده> أعطى له فأمن بمقتضاه على نفسه، إلا أن يكون هناك عهد بين الدول الإسلامية وبين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيُعَدّ الأمان قائما على أساس التقيد بهذا العهد، ويجوز التسليم وفاء بالعهد.

وقاعدة الشريعة التى تقضى بألاّ تسلم الدولة رعاياها هى القاعدة التى تأخذ بها أكثر الدول اليوم، ولكن بعض الدول كإنجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها دون اشتراط المثل، وهو مبدأ لاتأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية فقط. فالمبدءان المعمول بهما اليوم فى العالم هما مبدءا الشريعة الإسلامية بالذات، ولكن الشريعة تطبق كلا منهما فى حالات معينة، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد المبدأين دون الآخر، ولاتجمع بينهما كما فعلت الشريعة.

والدول الحديثة متفقة اليوم على ألاّ تسلم من يكون خاضعا لقضائها فى الجريمة المطلوب التسليم من أجلها ولو كان الجانى أجنبيا. وهذا تطبيق لمبادئ الشريعة، لأن الدولة إذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجانى، وإذا عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك.

إنه يشير إلى تسليم المجرمين إلى دولة إسلامية أو دولة غير إسلامية. ومن واجبنا أن ننبه إلى أنه لايكفي للاعتراف بصفة الدولة الإسلامية أن يكون سكانها مسلمين، أو مجرد النص فى دستورها أو قوانينها الوضعية على ذلك. بل يجب أن نراعى المعيار الموضوعى الذى أشار له مرارا وهو أن تكون ملتزمة بسيادة الشريعة ومنفذة لمبادئها وأحكامها.

وإذا أخذنا بهذا المعيار، فإننا نستطيع القول بأن ما تسير عليه بعض الدول الأجنبية من إعطاء حق اللجوء السياسى لمن يهربون إليها من بغى حكومات مستبدة لاتحترم حقوق الإنسان ولاتلتزم بمبادئ العدالة النزيهة الصحيحة - يتفق مع مبدإ إسلامي صحيح يدعو إليه العلماء والفقهاء وقد نص عليه القرآن صراحة بقوله تعالى: ﴿وإن أحدٌ من المشركين استجارك فأجِرْه حتى يسمع كلام الله ثم أبلغْه مأمنه﴾ [التوبة:6] .

وإذا كان القرآن يوجِب حماية المشرك اللاجئ والمستجير، فإن ذلك أوجب من باب أولى بالنسبة للمسلم اللاجئ، حتى لايتكرر ما نُسب إلى بعض فرق الخوارج الشاذة من إعطاء حق اللجوء للكافر وإنكاره على المسلم اللاجئ، لما يتنافى مع أصول الإسلام ومقاصد شريعته ويدفع البعض لإعلان كفره حتى يضمن لنفسه الأمن والأمان ا... محتميا بجنسيته الأجنبية، بعد أن وصل الأمر إلى اعتقاد كثيرين أن الانتماء إلى دولة مسلمة لا يضمن للإنسان أى حق من حقوقه الإنسانية وحرياته الشخصية.

من المؤسف أن بعض الدول التي توصف بأنها إسلامية لاتحترم التزامها الشرعى بحماية اللاجئين السياسين إذا كانوا من المسلمين، بل تسير على أن تتعهد بتسليم المسلمين اللاجئين إليها إلى حكومات تطاردهم وتضطهدهم، وهى بذلك تتنكر لواجبها الدينى والإسلامى بحماية من يلجأ إليها، وتسلمه لمن يضطهدونه مقابل تعهد تلك الحكومات بأن تسلمها من يلجئون إليها من رعاياها الذين تطاردهم، لأنهم ينتقدونها أو يعارضونها. فهم يجيزون لأنفسهم مخالفة ما توجبه الشريعة من تأمين اللاجئين مقابل قيام غيرهم بالتعهد لهم بنفس المخالفة لمصلحة نظمهم ومصالحهم الشخصية، وبذلك يكون الإخلال بالمبادئ الشرعية فى حماية المستجيرين واللاجئين هو الذى يجمع بين النظم الاستبدادية ولو كانت تُعَدّ فى نظر البعض مسيطرة على بلد مسلم لكن سلطاته لا تلتزم بمبادئ الإسلام إلا إذا كانت لصالح المسيطرين فيها، المستبدين بأفرادها وشعوبها .

 {٤٠٣/ب}

على العموم، فقد قلنا من قبل إن تكرار الآراء الموروثة فى هذا الموضوع - وما قاله أسلافنا بشأن "الدولة الإسلامية" أو "دار الحرب ودار الإسلام" يجب مراجعته كله وعدم تقديمه فى أيامنا هذه إلا بعد التأكد من وجود الدول التى تلتزم بالشريعة وتخضع لها، أو وجود حالة حرب فعلية بينها وبين دولة أجنبية .. وفى حدود ذلك. إننا نرى فيما يتعلق بحق المطالبين بتطبيق الشريعة أو دعاة الإسلام فى اللجوء السياسى أن هناك اتجاها واضحا للتقارب بل والتعاون بين كثير من النظم الاستبدادية فى بلادنا والدول الإمبريالية التى ترسم خططها للقضاء على ذاتية أمتنا ومقاومة شعوبها وأفرادها ويلتزمون مبدأ الجهاد ضد السيطرة الأجنبية. فكأن حالة "الحرب" بين الدول التى تعارض طلب شعوبنا بتطبيق شريعتنا قد حل محلها صور كثيرة من التبعية أو التحالف فيما بين الدول الأجنبية وبعض النظم فى البلاد التى تطالب شعوبها بتطبيق الشريعة، ضد دعاة الإسلام ومن يجاهدون فى سبيل أصول الشريعة ومبادئها، وكأن هناك خطة لوصف جميع هؤلاء بأنهم "أصوليون" أو أعداء "النظام العالمى" أو "المجتمع الدولى" الذى تمثله قوى إمبريالية تصر على حُسبان شريعتنا مخالفة لما يسمونه تشريعاتهم "الحديثة" ... والأصح أنهم يخشون أنها تقدم للشعوب ما يعينها على مقاومة طغيان المستكبرين الإمبرياليين ... وهو مبدأ الجهاد ضد القوى الأجنبية التى تحتل بعض بلادنا أو تفرض سيطرتها علينا، ويحمل لواءه أمثال رجال المقاومة الإسلامية فى فلسطين ولبنان ممن تصر بعض الدول على وصفهم بأنهم إرهابيون، بل ووصف الحكومات التى تؤيدهم بأنها دول تؤوى الإرهاب، وفى الوقت نفسه تتجاهل تلك الدول كل أعمال البغى والعدوان التى تمارسها الصهيونية يوميًّا .

عوده ٢٢٦ـ تسليم الأسراء :- وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرقاء الهاربين، وهو مبدأ قررته الدول فى القرن الماضى بعد إبطال الرق، ولكن هذا المبدأ قررته الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا. ونستطيع أن نقول: إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية، فقد جاء عدد من عبيد قريش إلى معسكر المسلمين فى هذا اليوم، فأرسلوا فى طلبهم، وقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إنهم ماخرجوا رغبة فى دينك، وإنما خرجوا هربوا من الرق. فقال ناس من المسلمين: صدقوا يارسول الله ردهم عليهم. فغضب رسول الله، وقال: "هم عتقاء الله".

والقاعدة فى الشريعة-٣٧٨- أن الرقيق إذا أسلم وجاء إلى دار الإسلام، أو معسكر المسلمين أو أسلم وبقى فى دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها، فهو حر فى كل هذه الأحوال، ولايجوز رده[1] .

ويرى الشافعى رده فى حالة واحدة، وهى إذا أسلم فى دار الحرب ثم هاجر بعد الإسلام، وكان بين أهل دار الحرب وبين دار الإسلام عهد، لأن العبد مال، وأهل دار الحرب فى أمان على أنفسهم وأموالهم بالعهد القائم بينهم وبين دار الإسلام. ويرد أحمد على هذا الرأى بأن الأمان أعطى لهم على مافى قدرة المسلمين عمله، وماهو فى قبضة المسلمين، والأرقاء فى قبضة أهل دار الحرب لا فى قبضة المسلمين[2] .

٢٢٧ـ تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين :- وتتفق الدول أيضا على عدم تسليم المجرمين فى الجرائم السياسية والجرائم العسكرية، وليس فى قواعد الشريعة الإسلامية مايمنع من إقرار هذه الجزئيات؛ لأنها لاتختلف مع قواعد الشريعة العامة التى بسطناها فيما سبق.

الصدر تعليق "رقم-٣٧٨-": ويعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على هذه القاعدة.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٧٨-": تراجع الحاشية.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٤٦، المهذب جـ ٢ ص ٢٢٩، المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٣، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦.

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٧٩، أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٢٨، المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٣.

نشير إلى ما قاله من أن سبق الإسلام إلى حماية الرقيق فى الماضى كان بداية المسيرة الإنسانية إلى تحرير الرقيق وتحرير الإنسان عموما. وعلينا أن نضيف إلى ذلك أن مبادئنا لاتقف عند هذا الحد؛ لأنها أوجبت الدفاع عن حقوق الناس جميعا وخصوصا المستضعفين منهم ضد من يضطهدون الناس أو يظلمونهم أو يبغون عليهم مستخدمين سلطة الدولة التى يمارسون الولاية فيها. وقد عبر عن ذلك الفاروق عمر بن الخطاب بقوله لمن بغى على أحد الأفراد: "متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا".

فَعَدّ الفاروق مجرد ظلم الناس أو الاعتداء عليهم اعتمادا على إمساك المعتدين بزمام السلطة هو استعبادا – وهذا هو ما نقصده بالرق الجديد.

ومبدأ عدم تسليم المتهمين فى الجرائم السياسية أو المضطهدين فى بلادهم إنما هو تطبيق لهذا المبدإ الإسلامى لتحرير الناس من العبودية لأصحاب السلطة الذين يضطهدونهم ويستعبدونهم. إن بعض الحكام المستبدين يستعبدون شعوبهم ويفرضون سيطرتهم على إخوانهم فى الوطن بالاستيلاء على السلطة بالقوة ودون حق، واضطهاد أفراد شعوبهم بحجة أنهم يعارضونهم فعلا أو أنهم يُحتمل أن يعارضوهم فى المستقبل، أو بمجرد أنهم يكرهون ظلمهم وحكمهم. إنهم يستخدمون سلطتهم لمنع أى فرد من أن يكون له مركز أدبى أو نفوذ شعبى؛ لأن ذلك يرشحه لكى يكون بديلا عنهم وعن أعوانهم من المنافقين.

إنهم يستخدمون احتكارهم لوسائل الإعلام للتشهير بمن يَعُدّونهم خصوما أو منافسين لهم، حتى ولو كانت المنافسة مشروعة بطريق الترشيح فى الانتخابات الحرة، أو المشاركة فى النقابات أو الجمعيات بل والشركات ... ويهاجمون المشروعات الاقتصادية أو الاجتماعية الناجحة بالاستيلاء عليها وإبعاد المخلصين الصالحين من إدارتها، إنهم بكل صراحة يضطهدون كل من يحظى لدى الجماهير بسمعة طيبة أو نفوذ شعبى، أو من يعملون فعلا لصالح شعوبهم ويكسبون ثقتها لمجرد أن ذلك قد يرشحهم ليكونوا بديلا عنهم ...

إن بعض المستبدين يسير على نهج الاستعلاء الذى استنكره أمير المؤمنين الفاروق عمر، عندما اعتدى ابن عامله عمرو بن العاص على صبى لمجرد أنه سبقه؛ وظن أن من يسبق "ابن الأكرمين"، يستحق التأديب والعقاب !!!... لأن الجميع يجب أن يكونوا أقل ممن بيده السلطة، وأقل من أولاده وأعوانه.

❁ استعلاء من يستولون على السلطة ويحتكرونها: عدوانا على حقوق الأفراد والشعوب لاتقره الشريعة بل ترمته :

نحن إذن فى حاجة إلى مبادئ فقهية تعالج ظاهرة استعلاء من يتولون السلطة ويسعون لاحتكارها واستمرار نفوذهم باضطهاد من ينافسونهم أو يخشون منافستهم فى المستقبل – وهذا هو الرق الجديد الذى حل محل الرق القديم الذى بدأت شريعتنا مسيرة التضييق عليه بحماية الأرقاء والمستضعفين وضمان حسُن معاملتهم وفرض إجراءات عديدة لتحريرهم، كما وضع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أسس حماية المستضعفين والمضطهدين من غير الأرقاء التقليديين عندما أدَّب ابن الأكرمين وهدده أباه لأنهم استعبدوا الناس أى ظلموهم وبغوا عليهم اعتمادا على السلطة التى بيدهم. إنهم جعلوا منهم مستعبدين جددا مع أنهم جميعا قد ولدتهم أمهاتهم أحرارا. هذا الاستعباد هو الرق الجديد الذى جاء الإسلام لتحرير الناس منه، حتى قال رسول جيش المسلمين للملك فارس: إننا جئنا لإخراج الناس من عبادة البشر (أى من العبودية لأمثالك من المستبدين) إلى عبادة الله وحده.

أول الضمانات اللازمة لمنع هذه العبودية المستحدثة: هو الالتزام بمبدإ عدم تسليم اللاجئين السياسيين لمن يضطهدونهم أو يطاردونهم لمجرد أنهم يعارضونهم أو أنهم يطالبون الحكام بالالتزام بشريعة الإسلام ومبادئه وأحكامه، وعدم تشجيع الحكام على اضطهادهم فى بلادهم أو مطاردتهم خارج بلادهم بحجة أنهم ارتكبوا ما يسمونه جرائم سياسية يتبكرونها من عندهم ويزيدون فى عددها وصورها وعقوباتها بالقوانين الوضعية سيئة السمعة، بل والاتفاق بين الحكومات على فرض قوانين وأحكام جائرة لاتقرها شريعتنا، بل ويسرفون فيها ويتخذونها حسب أهوائهم أداة للبغى والاستبداد بالشعوب والأفراد وبخاصة من يَعُدُّونهم معارضين أو منافسين لهم أو أنهم أفضل منهم وأحب إلى الجماهير منهم ...

٢٢٨ - هل يمكن معاقبة الحربيين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام؟ : عرفنا أن الشريعة لاتجيز تسليم النساء إطلاقا، وأنها لاتجيز تسليم الرجال مالم يكن هناك اتفاق سابق، وأن تسليم الرجال حتى فى حالة الاتفاق مختلف عليه، فهل يمكن مع هذا أن نعاقب المسلم الذى لجأ من دار الحرب إلى دار الإسلام على جريمته التى ارتكبها فى دار الحرب؟ وللرد على هذا السؤال يجب أن نفرق بين فرضين، أولهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الإسلام، وثانيهما أنه ارتكبها بعد الإسلام. فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب عليها باتفاق؛ لأن القاعدة فى الشريعة أن الإسلام يجب ماقبله، وأساس هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفرْ لهم ماقد سلف﴾[الأنفال:٣٨]. وقد طبقت هذه القاعدة على من آذوا الرسول والمسلمين، ومن قتلوا المسلمين أو مثَّلوا بهم، مثْلَ كعب بن أبى الذى آذى الرسول والمسلمين بهجائه، ومثْلَ وحشى قاتل حمزة بن عبد المطلب، ومثْلَ هند زوجة أبى سفيان التى مثلت بحمزة بعد قتله.

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام، فإذا طبقنا نظرية أبى حنيفة وأبى يوسف فلاعقاب، لأن الجرائم وقعت فى أرض الحرب ولا ولاية للمسلمين عليها، والعقاب على الجريمة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها. وإذا طبقنا نظرية مالك والشافعى وأحمد وجب العقاب-٣٧٩-، بشرط أن يكون الجانى عالما أو فى إمكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الأفعال، فإن لم يكن عالما ولا فى إمكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب، وإن كان عالما أو فى إمكانه أن يعلم فإنه يعاقب على ماتحرمه الشريعة. أما مالا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محرما فى دار الحرب[1].

[الصدر] تعليق "رقم-٣٧٩-": وهو الرأى الراجح كما أشرنا إليه سابقا.

[الشاوى] رأينا فى "التعليق-٣٧٩-": تراجع الحاشية.

---

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨.

ما قاله فقهاؤنا عن عدم جواز تسليم "الحربيين" الذين يلجئون لدار الإسلام؛ كان يناسب ظروف زمانهم عندما كانت الأمة الإسلامية تحمى الهاربين من ظلم حكام حربيين غير مسلمين؛ وأصبحنا الآن نواجه إلى جانب ذلك هروب المسلمين من الاضطهاد فى بلاد توصف بأنها إسلامية برغم أنها لاتطبق الشريعة ولاتسمح للناس بأن يطالبوا بذلك وتضطهدهم، مما يؤدى إلى التجائهم إلى البلاد الأجنبية؛ ولم نعد نسمع عن أحد يلجأ إلى بلادنا هربا من ظلم الحكام فى البلاد الأجنبية التى ما زال البعض عندنا يصفها بأنها دار حرب وهى دار عهد وسلم فى الواقع، ويظن كثيرون من المضطهدين للأسف الشديد أنها أصبحت دار أمن وأمان للمسلمين الهاربين من ظلم حكام الجور، وقد ينسون أو يتجاهلون أن فى كثير من الأحيان أن هذه الدول الأجنبية هى التى تشجع حكام الجور فى بلادنا على البغى والاستبداد وتكافئهم على ذلك وتزودهم بالنصائح وبالمعلومات العسكرية والمالية والدعم الإعلامى والسياسى، بل هى تفرضهم على شعوبنا فرضا كلما أتيح لها ذلك. ثم إنها هى التى تستفيد فعلا من سياستهم الاستبدادية وقد تفرضها عليهم؛ بل إنها تفرض الحصار على أى حكومة إسلامية بحجة أنها تؤوى الهاربين من ظلمهم، أو يلجأ إليها الهاربون من الاضطهاد والقمع فى بلادهم، حتى لايكونوا أمام الهاربين من الظلم إلا أن يلجئوا إلى بلاد غير إسلامية لتساوم عليهم وتتحكم فيهم وتُعِدّ العدة لإبادتهم أو إبادة شعوبهم فى بلادهم وغير بلادهم باستعمال ما يسمونه "النظام العالَمى الجديد" الذى يريدون أن يجعلوه أداة لاضطهاد المسلمين فى كل مكان .

إن علينا أن نكتفى بما قدمه من صورة واضحة لآراء فقهائنا فى أحكام اللاجئين فى زمانهم، لكن زماننا وأحوالنا يحتاجان إلى فقه جديد .

اللاجئون فى زماننا يحتاجون منا إلى جهد أكبر فى استنباط أحكام تناسب ظروفنا التى أصبح فيها وصف شخص بأنه "حربى" غير ذى موضوع ... بل ربما يظن البعض أن وصف دولة ما بأنها "إسلامية" ترفضه كثير من الدول التى تحكم بلادا إسلامية، بل وتعلن ذلك وتتباهى به تقربا من أعدائنا الذين لا يملون من إعلان خططهم لاقتلاع الإسلام من بلادنا ... ومنع شعوبنا من تطبيق الشريعة .

* * *

نعتقد أن إسلام الشخص بعد ارتكاب جريمته يُعَدّ توبة منه، ولذلك فإن القاعدة هى أن الإسلام يجُب ما قبله بحُسبانه توبة، وهذا يوجب علينا أن نبحث فى مبدإ أثر التوبة عموما، بالنسبة للمسلم الذى ارتكب معصية أو جريمة ثم تاب، وأثر ذلك فى العقوبات، ليس فى نطاق التعازير فقط، بل والأهم هو أثرها فى الحدود جميعا .

٢٢٩ ـ ثانياً ـ إبعاد المجرمين: ـ يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا كان الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب:

إبعاد المسلمين والذميين: رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعاً تُعَدُّ وحدة واحدة، وتسمى دار الإسلام. ويترتب على عَدِّها وحدة واحدة أنه لايجوز منع المسلم أو الذمى من دخول أى إقليم إسلامى آخر غير الإقليم الذى يقيم فيه أصلا.

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لايجوز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الإسلام، لأن نفى المسلم عن دار الإسلام يعرضه للفتنة، ويؤدى به إلى الهلكة، ويحول بينه وبين إظهار شعائر الدين، ولأن نفى الذمى عن دار الإسلام مناقض لعقد الذمة.

ويترتب على حسبان بلاد المسلمين وحدة واحدة، وعلى عدم جواز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الإسلام، أنه لايجوز لدولة إسلامية أن تبعد مسلما أو ذميا من أرضها، ولو كان المسلم أو الذمى من غير رعاياها، ولو كان قد دخل أرضها ليقيم لها إقامة مؤقتة.

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لاتستسيغ منع المسلم أو الذمى من دخول أى بلد إسلامى، ولاتبيح إبعاد المسلم أو الذمى من أى بلد إسلامى دخله، لأن المسلم أو الذمى لايُعَدُّ بأى حال أجنبيا عن دار الإسلام، ولا عن دوله، فكل بلد فى دار الإسلام يُعَدُّ بلده، وكل دولة أو حكومة فيها تُعَدُّ دولته وحكومته؛ لأنها تمثل الإسلام، ومن يعتنقه من المسلمين، ومن يلتزم أحكامه من الذميين، قبل أن تمثل الإقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين.

وإذا كان الأصل أنه لايجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول فى أرض دولة إسلامية أخرى، أو إبعادهم عنها، فهل يجوز إذا دعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام، أو النظام، أن تضع الدول قيودا على دخول البلاد التى تحكمها بقدر ماتستدعيه تلك الضرورة؟ وهل يجوز للدول الإسلامية إذا دعت الضرورة إبعاد من ليسوا رعاياها أصلا إلى بلادهم الأصلية أو إلى أى بلد آخر؟

من القواعد الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات، وأن كل ضرورة تقدر بقدرها. ومعنى ذلك، أن ما لا يباح عمله فى الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة، بشرط ألا يتعدى ذلك الحاجة ودواعى الضرورة. وتطبيقا لهاتين القاعدتين الأوليين يجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تضع قيودا على دخول البلاد التى تحكمها، بقدر ماتستدعيه حالة الضرورة، وبشرط ألا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى، ويجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمى عن أرضها، إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة إلا الإبعاد. ويجوز أن يكون الإبعاد لبلد المبعد الأصلية أو لأى بلد إسلامى آخر، ولكن لايجوز بأى حال أن يكون الإبعاد إلى دار الحرب، ولو كان بين دار الإسلام وبين المكان الذى أبعد إليه من دار الحرب موادعة.

(عودة) ولكن مع هذا، أرى أنه ليس للدولة إسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دولة إسلامية أخرى، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الأمن والنظام، أو بأى حجة أخرى، لأن فى يد كل دولة من إجراءات الأمن، ومن نصوص الشريعة، مايسد الحاجة ويدفع كل ضرورة، ويمكن الدولة من المحافظة على الأمن والنظام، وحماية كل مرفق، ومراقبة المشبوهين، وأخذهم بنشاطهم المضاد لصالح الدولة. وإذا كان هذا كله فى متناول الدولة، ولايعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة إلى مايعطل قاعدة مهمة من قواعد الشريعة. وإذا كانت الدولة لاتستطيع إبعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها، وتكتفى فى دفع مايصدر منهم بهذه الوسائل التى ذكرناها، فأولى بالدولة أن تكتفى بنفس الوسائل فى دفع الغرباء والمهاجرين الذى هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين.

فعل كل دولة إسلامية إذن ألّا تبعد رعايا الدول الإسلامية الأخرى، وألّا تمنعهم من دخول أرضها، وأن تعاملهم كرعاياها تماما. وإذا أتوا ما يخل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها-٣٨٠-. وهذا الذى نقول هو الرأى الذى يتفق مع أغراض الشريعة الإسلامية ومراميها من توحيد دار الإسلام وجعلها دار أمن وسلام لكل مسلم وذمى. أما الرأى المضاد فيؤدى فوق ماذكرناه له من عيوب إلى عدم المساواة، وإثارة النعرات الوطنية والجنسية، وهذا مايحاربه الإسلام ولا يرضاه.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٠-": نعم يباح لها منع غير رعاياها من دخول بلادها إذا لم تتمكن من حفظ الأمن مع وجودهم فى بلادها.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٨٠-": شرط حفظ الأمن الذى يضيفه السيد الصدر واسع لايمكن ضبطه – ويؤدى عملا إلى إلغاء القاعدة التى يرجحها فقهينا.

وهذا الرأى يجعل تعدد الدول الإسلامية معناه القضاء على وحدة الأمة ذاتها، لأن وحدة الأمة هى التى تستوجب المساواة بين جميع المسلمين فى حق الإقامة فى دار الإسلام كلها، برغم تعدد دولها.

والإقامة فيها وعدم إبعادهم:

ما قلناه بصدد مشكلة تسليم اللاجئين يطبق كذلك على الإبعاد. فالوضع الحالي يختلف تماما عن الأوضاع التي تنشأ في ظلها الاجتهادات الفقهية التي يعرضها – وهذا يضع على عاتق الأجيال الجديدة من الفقهاء أن يجتهدوا لاستنباط الأحكام المناسبة لها، إلى أن توجد دول تتفق على أن تلتزم بمبادئ شريعتنا، وأولها ما توجه من تقديس حريات الشعوب والأفراد.

وإلى أن توجد دار الإسلام الكبرى التي تسود فيها الشريعة وتُلزم سلطاتها بتطبيقها، فإن الكلام عن دار الإسلام ودار الحرب يكون سابقا لأوانه في عصرنا. ووصف بلد معين لايلتزم بتطبيق الشريعة بأنه دار إسلام أو وصف جميع الدول غير الإسلامية بأنها دار حرب فيه تجاوز لا نقره، وقد قلنا إن جميع بلاد العالم الآن أصبحت دار عهد وسلام – ويجب أن يراعى ذلك في كلامنا عن الإبعاد أو عن التسليم....

نحن نؤيد ما قاله فقيهنا من أنه ليس لدولة تصف نفسها بأنها إسلامية أن تحرم دخول رعايا دولة إسلامية أخرى إلى إقليمها ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بأي حجة. كما لايجوز لها أن تعاملهم معاملة أقل من معاملة مواطنيها، لأن المسلمين أمة واحدة ينتمي إليها جميع المسلمين برغم اختلاف دولهم وجنسياتهم وأوطانهم.

وقد سبقنا كثير من الدول الأجنبية إلى إلغاء تأشيرات الدخول فيما بينها. وعلى الشعوب الإسلامية أن تطالب بتطبيق ذلك فيما بين الدول التي تصف نفسها بأنها إسلامية، أو التي تحكم شعوبا إسلامية ولو كانت تتباهى بأنها علمانية أو لادينية. كنا نتمنى أن يكون هذا هو أول أهداف منظمة المؤتمر الإسلامي التي يجب في نظرنا أن تلزم الدول الأعضاء بعدم إطلاق وصف أجنبي على أي مسلم مهما تكن جنسيته، وأن توفر للمسلمين الذين يدخلونها أو يقيمون فيها جميع الحقوق التي يتمتع بها رعاياها.[1] ونؤيد رأيه بعدم مطالبة المسلمين بالحصول على تأشيرات دخول للبلاد الإسلامية، ولعلنا نقتدي في ذلك بما فعلته الدول الأوروبية من إلغاء تأشيرات الدخول فيما بينها ... وتمكين رعايا كل دولة منها بدخول الدول "الشقيقة" والإقامة والعمل فيها، والحصول على جميع حقوق المواطنة فيها دون أي قيد على ذلك ...

(١) لما يؤسف له أن بعض النظم تسرحب بغير المسلمين في بلادها، وتعاملهم باحترام ورعاية أكثر لما تعامل به المسلمين من "الدول الشقيقة" !!!... وقد آن الآوان لندعوهم للالتزام بالمبادئ الشرعية التي دافع عنها فقيهنا.

المسلمون أمة واحدة مهما تعددت الدول المسيطرة عليهم :

إنني أعتقد أن الأوضاع التي شهدها فقدنا كانت غير ما وصلنا إليه الآن. ونحن الآن أحوج إلى هذا الدفاع الحار الذى سجله فقيهنا قبل استشهاده، وكأنه كان ينظر بظهر الغيب، وكان يتوقع أن الشعوب الإسلامية وأفرادها سيكونون فى أشد الحاجة إلى أن يشعروا بانتمائهم إلى أمة واحدة أنشأتها هذه الشريعة وفرضت لكل من ينتمى إليها ضمان حقوقه الإنسانية، سواء حقه فى اللجوء هربا من الاضطهاد، أو عدم إبعاده، أو عدم منعه من دخول أرض إسلامية أيا كانت الدولة التي تسيطر عليها ...

ولا نعتقد أنه كان يتوقع أن تستبقنا الدول الأوروبية التي اكتوت بنار الحرب العالمية الثانية التي استمرت عدة سنوات مات فيها ملايين من أبنائها وخربت مدن وقرى ومصانع وطرق وبلغ العداء بينها أقصاه، ثم بعد ذلك تستبقنا إلى الوحدة والاتحاد وإعطاء المواطن فى كل منها حقه الكامل فى دخول البلاد الأخرى التي كانت تعادى بلاده وتحاربها، وحقه فى الإقامة والعمل فيها .

إننا نحن أولى بذلك كله لأن شريعتنا الإلهية أعطتنا المبادئ والأصول والأسس التي تقوم عليها الأخوة والمساواة بين المسلمين مهما اختلفت أقطارهم أو "دولهم" ... ولم يكن بين هذه الدول مثل ما وقع بين الدول الأوروبية من حروب ما زالت آثارها باقية — بل كنا جميعا دولة واحدة عظمى موحدة تسودها شريعة تفرض علينا التعاون والتضامن والوحدة والمساواة ...

لقد وصل حالنا من السوء إلى أن بعض حكامنا يحاربون كل من يدعو إلى التقارب بين شعوبنا أو التعاون بينها ... ويعقدون المؤتمرات والندوات للتقارب والتعاون بينهم وبين دول أجنبية أخرى ما زالت لها مطامع فى بلادنا ... وتستدرجنا للاعتراف لدول غير إسلامية ولرعاياها بكل الحقوق والامتيازات باسم "الشرق الأوسط" أو "البحر المتوسط" واستبعاد كل دعوة للوحدة باسم الإسلام واضطهاد من يسعون لذلك بحجج واهية لاأساس لها .

عوده

٢٣٠ـ إبعاد الحربيين:ـ ليس للحربيين أن يدخلوا دار الإسلام إلا بإذن خاص، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية. وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الإسلام أن يقيموا فيها إلا إقامة مؤقتة لاتزيد على سنة واحدة فى رأى أبى حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة(١)، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الإقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة(٢). والأصل عند الشافعى أن مدة الإقامة لاتزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الإمام إطالتها وكان فى ذلك مصلحة(٣) -٣٨١- .

وإذا انتهت مدة إقامة الحربى كان من حق الدولة الإسلامية أن تبعده من أرضها. ولها أن تبعده ولو لم تنته مدة إقامته إذا أتى مايخل بالأمن، أو خشى منه الاخلال بالأمن، تطبيقا لقوله تعالى: ﴿وإما تخافنّ من قوم خيانة فانبذ إليهم على سَواء﴾ [الأنفال:٥٨]. ولقوله تعالى: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾[التوبة:٧]. على أنه يشترط عند الإبعاد أن يبعد الحربى – أو المسلم من باب أولى – إلى مكان يأمن فيه على نفسه، أو أن يرد إلى مأمنه، لأنه دخل دار الإسلام على أمان، فوجب ألا يعرض للهلكة، وأن يرد إلى المكان الذى يأمن فيه، وذلك قوله تعالى:﴿ثم أبلغه مأمنه﴾ [التوبة:٦].

ويلاحظ أنه لايجوز إبعاد الذمى ولو خشى من خيانته، أو أتى مايدل على خيانته-٣٨٢- ، ويفرقون بين هذا وبين المستأمن بأن الذمى من رعايا الدولة، ويقيم فى دار الإسلام إقامة دائمة، فهو كالمسلم فى قبضة الإمام، وخيانته إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانة المسلم، أما المستأمن فليس كذلك، ومن الصعب استدراك خيانته(٤).

الصدر | تعليق "رقم-٣٨١-": تعيين مدة إقامته بيد الإمام، فهو يعينها تبعا لما يراه من المصلحة. فإن رأى الإمام المصلحة فى أن مدة إقامته لاتزيد على يوم فلا يسمح له بالزيادة، وإن رأى المصلحة فى إطالة بقائه فيسمح له بذلك.

الصدر | تعليق "رقم-٣٨٢-": إلا إذا اشترط فى عقد الذمة عدم إيذاء المسلمين، فمع ظهور الخيانة منه يخرج من الذمة وللحاكم الشرعى حينئذ إخراجه.

الشاوى | رأينا فى "التعليقين-٣٨١-، -٣٨٢-": أن ماقاله السيد الصدر هو ماتوصلت له النظم الحديثة، ويتفق مع مبادئ شريعتنا.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٥١، المغنى جـ ١٠ ص ٤٣٧.

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٤٣٦، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٥٩.

(٣) أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٠٤.

(٤) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٩٤، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦، المهذب جـ ٢ ص ٢٩٤، المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٠ ومابعدها.

عوده

٢٣١ ـ **الشريعة والقوانين**:- تأخذ القوانين الوضعية بمبدإ منع الأجانب من دخول أرض الوطن، وإبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة. ولاتجيز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن، على أن يقيموا إقامة مؤقتة، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة مالم تجدد مدة الإقامة. وهذه المبادئ التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا هى نفس المبادئ التى جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا. وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضا فى عدم جواز إبعاد رعايا الدولة، أو منعهم من دخول أرض الوطن، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة فى أن القوانين لاتوجب إبلاغ الشخص المبعد إلى مأمنه، كما توجب ذلك الشريعة، ويكفى فى معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك، وتفوق الشريعة فى هذه المسألة لايحتاج إيضاحا.

٢٣٢ ـ **الجنسية فى الشريعة**:- تقوم الجنسية فى الشريعة الإسلامية على أساس الدار، أو بتعبير آخر على أساس الإسلام ومسالمته، والتزام أحكامه أو الكفر به. فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين، محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة. ومهما تميز المصرى عن السورى أو العراقى أو المغربى فذلك تمييز محلى أو إقليمى لاينبنى عليه حكم شرعى ولايؤدى إلى تمييز فى الخارج.

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ومهما تميز الإنجليزى عن الفرنسى أو الأمريكى، فذلك تمييز داخلى فيما بينهم، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعا متفرقين ومجتمعين. على أن الشريعة لاتمنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بسبب ظروفها، فيجوز مثلا أن يكون بين المسلمين وبين الإنجليز حرب، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة، وهكذا.

وأساس الجنسية فى دار الإسلام اعتناق الإسلام أو التزام أحكامه، فمن اعتنق الإسلام فهو مسلم، ومن التزم أحكام الإسلام ولم يسلم فهو ذمى، وأساس الجنسية فى دار الحرب هى إنكار الإسلام وعدم التزام أحكامه.

وتتغير الجنسية فى الشريعة بتغيير الأساس التى تقوم عليه، فتتغير جنسية الحربى باعتناق الإسلام، أو بالدخول فى ذمة المسلمين والتزام أحكام الإسلام.

ويشترط للدخول فى الذمة الهجرة إلى دار الإسلام، فلا يُعَدُّ المحارب ذميا وهو فى بلده إلا أن يدخل البلد كله فى الذمة ويلتزم أهله أحكام الإسلام فلا تشترط حينئذ الهجرة، لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام. وتتغير جنسية المحارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام، وإن كان أبو حنيفة يشترط لعَدِّه معصوما أن يهاجر إلى دار الإسلام.

<عوده> وتتغير جنسية المسلم والذمى بتغيير الأساس الذى تقوم عليه. فتتغير جنسية المسلم بالردة، وتتغير جنسية الذمى بعدم التزام أحكام الإسلام، وبالإقامة الدائمة فى دار الحرب-٣٨٣- .

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج، ولكنه لايؤدى وحده لتغير الجنسية. فالمسلم أو الذمى إذا تزوج فى دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة فى جنسيته إلا إذا دخلت دار الإسلام، فإن دخلت دار الإسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الإسلام ذمية. وإذا تزوج المستأمن فى دار الإسلام من ذمية فلايصير ذميا بزواجها، ولاتصير هى بزواجه حربية، إلا إذا رضى هو أن يقيم فى دار الإسلام إقامة دائمة فيصبح ذميا-٣٨٤-، وإلا إذا هاجرت هى مع زوجها إلى دار الحرب. وإذا تزوج المسلم من حربية فأسلمت تغيرت جنسيتها بالإسلام دون حاجة للهجرة، لأن الجنسية تتغير أصلا بالإسلام وحده، فالزواج ليس هو الذى يكسب الجنسية وإنما هو الإسلام والتزام أحكامه والإقامة بداره. وتغير جنسية الزوج لايؤثر على جنسية المرأة، فالذمى إذا أقام بدار الحرب ولم تلتحق به زوجته صار حربيا، وبقيت هى ذمية، والمسلم إذا ارتد صار حربيا، ولم يؤثر ذلك على جنسية زوجته إلا إذا ارتدت مثله.

ويتبع الصغار ومن فى حكمهم كالمجنون أبويهم فى الجنسية. فإذا أسلم الزوجان أو دخلا فى الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل فى الذمة تبعه الأولاد غير المميزين، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت فى الذمة تبعها الأولاد غير المميزين فى رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد-٣٨٥-، وتبعوا الأب فى رأى مالك .

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم فى الجنسية على الوجه السابق كلما كان التغيير من جنسية أدنى إلى جنسية أعلى. والجنسية الإسلامية هى العليا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : "الإسلام يعلو ولايعلى". فإذا كان التغيير من الجنسية العليا إلى الجنسية الدنيا فلا يتبع الأولاد من غير جنسيته من الأبوين، بل يبقون على جنسيتهم

المصدر تعليق "رقم-٣٨٣-": كما تتغير جنسيته بنقضه لشرائط الذمة وخروجه بذلك عن الذمة.

المصدر تعليق "رقم-٣٨٤-": إذا التزم بشرائط الذمة.

المصدر تعليق "رقم-٣٨٥-": وهو الرأى الراجح عندنا.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٨٣- إلى-٣٨٥- تراجع الحاشية.

عودة الأولى. فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقى أولادهما غير المميزين مسلمين-٣٨٦-، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الأبوين فقط[١].

هذه هى القاعدة العامة التى تقوم عليها الجنسية فى الشريعة الإسلامية، وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها، وهذه القواعد العامة التى جاءت بها الشريعة هى نفس القواعد العامة التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم فى مسائل الجنسية.

فالجنسية تقوم فى القوانين على أساس الإقليم، فكل من يقيم إقامة دائمة فى أرض الدولة فله جنسيتها. وهذا يقابل الإقامة الدائمة فى دار الإسلام. وتسقط الجنسية عن الشخص وتتغير إذا أقام فى أرض دولة أخرى مدة معينة ورضى بالدخول فى جنسيتها. وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة، ويتبع الأولاد الصغار جنسية الأبوين كقاعدة عامة.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٦-": إذا بقوا فى بلاد الإسلام وتحت حماية المسلمين.

الشاوى رأينا فى "التعليق-٣٨٦-": تراجع الحاشية.

(١) المغنى جـ ١٠ من ص ٩٣ إلى ٩٦، مجلة القانون والاقتصاد س ١ ع ١ ص١١، ١٤ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٦٩ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٣.

المعاهدون يطبق عليهم مبدأ المعاملة بالمثل، والجنسية علاقة سياسية :

إننا نؤيد القول بأن الذمى مواطن كالمسلم لايجوز إبعاده. أما الأجانب المعاهدون، فلابد أن يطبق فى شأنهم مبدأ المعاملة بالمثل، ورأينا أنه لايصلح وصفهم جميعا بأنهم "حربيون"، ووصفة الحربيين أصبحت مقصورة على من توجد بيننا وبينهم حالة حرب.. أما غيرهم من "الأجانب" فهم معاهدون وتطبق بشأنهم المعاهدات والاتفاقات الثنائية والجماعية.

ويسرنا إشارته إلى المبدإ القرآنى الذى يفرض عدم إبعاد أى شخص إلا إذا وجد له مأمنا بنص القرآن بالنسبة لغير المسلم والمسلم أولى بذلك، بل الأصح أنه لايعيد من أى بلد إسلامى لأنه من أهل دار الإسلام، وهذا ما تطبقه الآن بعض النظم الوضعية فى البلاد الأجنبية – ومما يؤسف له أن دولا عديدة يصفها البعض بأنها إسلامية لاتلتزم بهذا المبدإ الشرعى ...

وعلى فقهائنا أن يدعوا المسلمين لإلزام السلطة القائمة فى بلادهم بهذا المبدإ الذى قرره القرآن بنص صريح، امتثالا لأمره تعالى بالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر. وعجزهم عن ذلك لايبرر لهم القول بجواز الاعتداء على الأفراد بحجة إهدار دمائهم، لأن الإهدار حق للقضاء وحده ولايجوز للأفراد أن يدعوا لأنفسهم الحكم به.

* * *

لم تُعرف كلمة الجنسية فى الفقه الإسلامى ولا كُتبه فى عصور الدول الإسلامية المبنية على مبدإ أن وحدة الأمة تستلزم وحدة الدولة، لكنها دخلت قاموس القوانين الوضعية فى البلاد الإسلامية فى العصور المتأخرة نقلا عن القوانين الأجنبية. ولذلك، فإن تحديد مضمونها يرجع فيه إلى مصدرها الوضعى ولاينسب إلى شريعتنا، ومضمونها التزام الفرد بالولاء للدولة التى يحمل جنسيتها مقابل حمايتها له والحقوقه بحسبانه ممن يُعَدُّون رعاياها.

وفى عصرنا الحاضر لم يعد هناك ارتباط بين وحدة الأمة ووحدة الدولة الإسلامية – فقد تعددت دول المسلمين برغم استمرار وحدة الأمة – ولذلك فإن الجنسية وُجدت الآن لتحديد الدولة التى ينتمى إليها كل مواطن، فمعيارها سياسى وليس دينيا. ولانوافق على القول الآن بأن أساسها الدار كما يقول فقيهنا، لأن الدار كانت تشمل إقليم الدولة الإسلامية الكبرى التى كانت تسيطر على العالم الإسلامى كله – فى الماضى – أما الآن فى عهد تعدد الدول فقد تجزأت دار الإسلام وأصبحت الجنسية ولاء للدولة القطرية. ومع ذلك فإن الإسلام يعطى للمسلم حقوقا معينة فى بلاد الإسلام بسبب انتمائه إلى الأمة الإسلامية .

الجنسية علاقة سياسية، لكن الدين علاقة تكافل وأخوة تربط كل مسلم بالأمة الإسلامية الكبرى:

ونحن نؤيد ما قاله من أن المواطنين فى "دار الإسلام" يكونون مسلمين أو ذميين، وهذا مبدأ إسلامى معروف منذ نشأت دولة المدينة فى عهد رسولنا الكريم، حيث قررت "صحيفة المدينة" -وهى أول دستور مكتوب فى الإسلام- مبدأ انتماء الذميين للدولة الناشئة التى أسسها الرسول الأمين، وبالتالى فهم مواطنون فيها ويحملون جنسيتها.

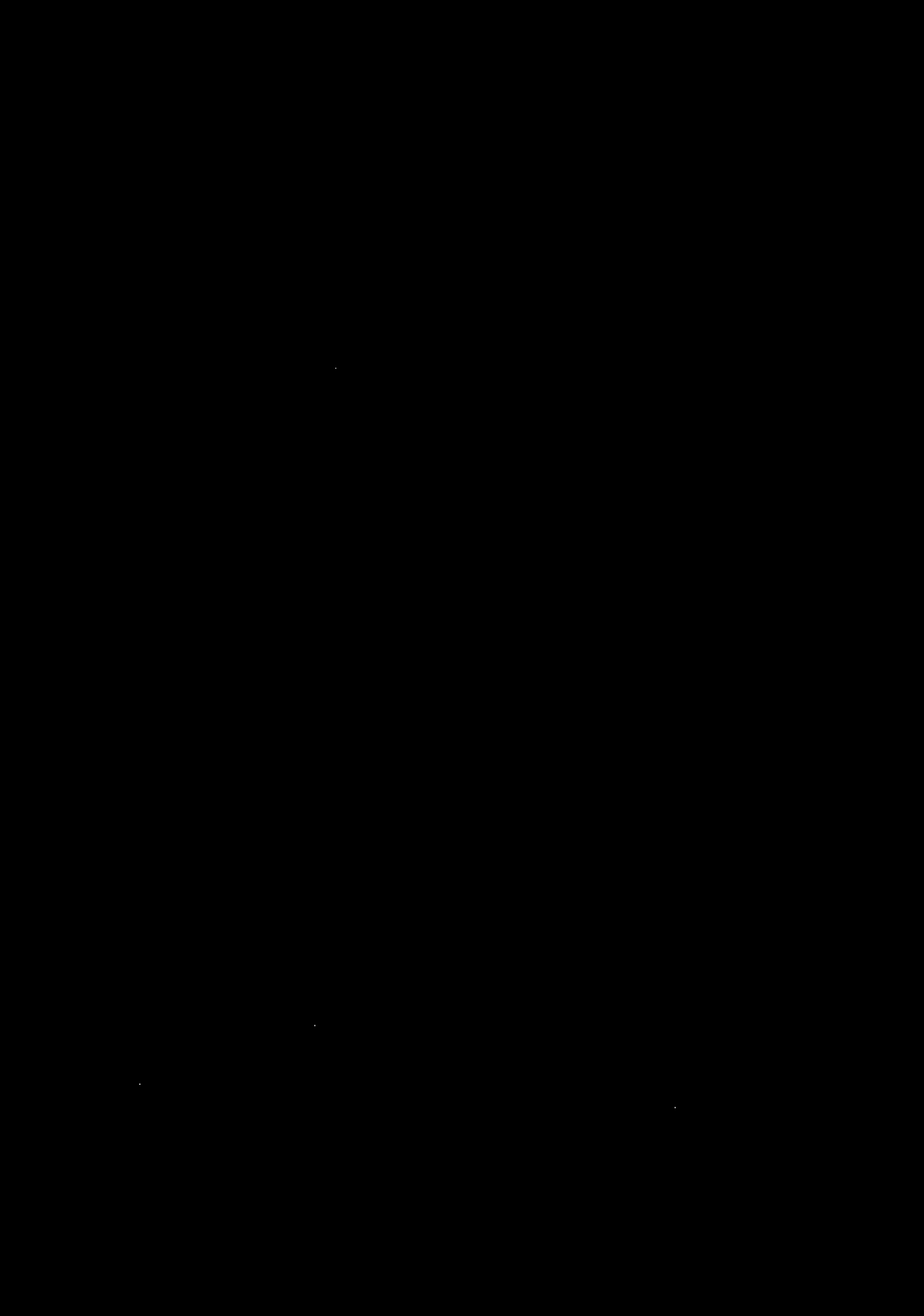
وعندما يتحد المسلمون فى ظل دولة واحدة فى جميع أقطار دار الإسلام، فإن الجنسية يصبح أساسها الدار الكبرى التى تعرف باسم دار الإسلام. ومع ذلك، فإننا نرى أن المسلمين فى الدول الأجنبية التى تُعَدّ دار عهد وسلام يجب أن يحتفظوا بولائهم وانتمائهم إلى الأمة الإسلامية، وهى علاقة أخوة وتكافل وتضامن، برغم أنهم لايحملون جنسية دولة الإسلام الكبرى ولا الدول القطرية التى تمثل الشعوب الإسلامية المختلفة، بل يحملون جنسية دولة أجنبية ويخضعون لقوانينها، وانتماؤهم للأمة فى هذه الحالة يختلف عن أن انتماءهم للدولة الأجنبية التى يحملون جنسيتها أساسه ولاؤهم سياسيا لها كمواطنين، أساسه الجنسية وليس أساسه الدين، أما الدين فيربطهم بالأمة الإسلامية برابطة أخوة وتكافل شخصى.

إننا نقر قوله بأن الجنسية أساسها الدار بشرط أن يُقصد بكلمة الدار إقليم الدولة سواء كانت دولة إسلامية كبرى موحدة، أو دولا قطرية متعددة وليس أساسها عقيدة الفرد ولادياناته؛ فقد يكون من رعايا دولة الإسلام ومواطنيها غير مسلمين كما يوجد مسلمون ينتمون سياسيا لدول أجنبية. ونعتقد أن هذا هو ما قصده فقهاؤنا عندما عرَّفوا دار الإسلام بأنها الإقليم الخاضع لسيطرة المسلمين، ولم يقولوا إنها الإقليم الذى يقيم فيه أو يعيش به المسلمون، لأن المسلم يمكن أن يعيش فى دار أخرى غير دار الإسلام ومع ذلك تبقى له دياناته وإن تغيرت جنسيته، كما أن غير المسلم يمكن أن يكون مواطنا لدولة إسلامية يتمتع بجنسيتها.

ونعتقد أنه أشار لذلك عندما قرر صراحة أن القواعد العامة فى الشريعة هى نفس القواعد العامة التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم فى مسائل الجنسية. فالجنسية (فى نظره ونظرنا) تقوم على أساس الإقليم أو الولاء للدولة ...

ووحدة الأسرة توجب أن يتبع جميع أفرادها الأب أو الزوج فى جنسيته – وهذا مبدأ شرعى ووضعى، لا نرى دخول أى قيد عليه بسبب الدين أو العقيدة، ما دام الزواج الذى هو أساس الأسرة صحيحا شرعا .

ونخشى أنه يصر على استعماله لصفة حربى لكل من ينتمى لجنسية غير إسلامية، ونحن قد قلنا مرارا إن هذا القول لم يعد يطابق واقع عصرنا لأن الأصل أن جميع الأجانب الآن معاهدون مسالمون، وإذا وجد من ينتمى لدولة فى حالة حرب فعلية مع دولة إسلامية، فإن هذا وضع شاذ واستثنائى ومؤقت لا يجوز القول بسريانه على كل من ينتمى لجنسية دولة غير إسلامية.



الفصل الرابع
فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

عود ٥ ۲۳۳ - تمهيد تاريخى : كان القانون الوضعى حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الأفراد، ولايعترف بالمساواة بين المحكومين. وكان يميز بينهم فى المحاكمة وفى توقيع العقوبة، وفى تنفيذ العقوبة. وكانت المحاكم تتعدد تبعا لتعدد طوائف الأمة، فللأشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة، ولكل من هاتين الطائفتين قضاتها. وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة. وكان لشخصية الجانى اعتبارها فى القانون، فالعمل الذى يأتيه الشريف ويعاقب عليه بأتفه العقوبات، يعاقب عليه الشخص العادى إذا أتاه بأقصى العقوبات. وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق مع ضعته وحطته؛ فإذا حكم بالإعدام مثلا على شريف ووضيع ضربت رقبة الشريف بالسيف، وشنق الوضيع فى حبل كما تشنق الكلاب. وكانت بعض الأفعال تُعَدُّ جرائم إذا أتاها العامة يحاسبون عليها أشد الحساب، بينما يأتيها الأشراف ورجال الدين فى كل وقت فلا يحاسبون عليها ولايحاكمون عنها.

كان هذا شأن القانون الجنائى الوضعى حتى أواخر القرن الثامن عشر، أو حتى جاءت الثورة الفرنسية، فجعلت المساواة أساسا من الأسس الأولية فى القانون، وأصبحت القاعدة أن تسرى نصوص القوانين على الجميع. ولكن مبدأ المساواة بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقا دقيقا حتى الآن، إذ لم يكن من السهل التخلص من التقاليد القديمة دفعة واحدة وإنكار الماضى كله، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة عُدَّت استثناءات من مبدإ المساواة التامة، وراح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يسوِّغها بحيل قانونية، بينما راح البعض ينتقدها ويطالب بإلغائها. وكانت الغلبة للفريق الأخير، إذ اتجهت إلى رأيه بعض التشريعات الحديثة التى وضعت فى آخر القرن التاسع عشر وفى القرن الحالى، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات، أو حاولت أن تقضى على بعضها. وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة، ويعملون جاهدين لتحقيقها، وقد تتحقق المساواة التامة قريبا وقد لاتتحقق، ولكنها الأمل الذى تختلج له القلوب وتتجه إليه الإنسانية.

٢٣٤ - أمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية : ومن أظهر الأمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية ماياتى :

أ - تمييز رئيس الدولة : تميز القوانين الوضعية دائما بين رئيس الدولة الأعلى، ملكا كان أو رئيس جمهورية، وبين باقى الأفراد. فبينما يخضع الأفراد للقانون لايخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون، وأنه السلطة العليا، فلا يصح أن يخضع لسلطة هى أدنى منه وهو مصدرها.

وتُعَدّ بعض الدساتير ذات الملك مقدسة، كالدستور الدانمركى والدستور الإسبانى قبل الجمهورية، أما الدستور الإنجليزى فيجعل ذات الملك مصونة لاتمس، ويفترض أن الملك لايخطئ، وفى بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لاتمس، وكذلك كان الحال فى إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكى.

والأصل فى النظام الجمهورى أن رئيس الجمهورية غير مسئول، وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقا لمبدإ المساواة. فالدستور الفرنسى يجعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائيا فى حالة واحدة هى حالة الخيانة العظمى، ودستور تشيكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية فى حالة الخيانة العظمى. والدستور البولندى الذى وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائيا فى حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور، كما جعله مسئولا إذا ارتكب جريمة عادية، واشترط لمحاكمته إذن البرلمان وأغلبية خاصة.

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث فى مسئولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الأولى لاتجعل الرئيس مسئولا عن أى جريمة ارتكبها، والنظرية الثانية تجعله مسئولا عن بعض الجرائم دون البعض الآخر، والنظرية الثالثة تجعله مسئولا عن كل الجرائم التى يرتكبها.

ولاشك فى أن مسئولية رؤساء الدول قد تطورت فى القوانين الوضعية تطورا عظيما، فبعد أن كانت القاعدة العامة - حتى القرن الثامن عشر - إعفاءهم من المسئولية إعفاء تاما، أهملت تلك القاعدة، وأصبح الكثيرون من رؤساء الدول مسئولين مسئولية جزئية أو مسئولية تامة.

ب - تمييز رؤساء الدول الأجنبية : وتعفى القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية، ملوكا كانوا أو رؤساء جمهوريات، من أن يحاكموا على مايرتكبونه من الجرائم فى أى بلد آخر غير بلادهم، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متنكرين، وهذا الاعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية. وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن

عوده إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لاتتفق مع مايجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام، وهى حجة لاتستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى ينزل بنفسه إلى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة، ولايستحق شيئا من التوقير والاحترام. ومثل هذا يقال فى أفراد الحاشية. والواقع أن الإعفاء تقليد قديم كان معمولا به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية بمبدإ المساواة، وظل معمولا به حتى اليوم، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به، وصيرورته جزءا من القانون الدولى، والمعروف أن القانون الدولى لايتطور بمثل السرعة التى تتطور بها القوانين الخاصة.

جـ - *تمييز رجال السلك السياسى* : تعفى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها، ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم. وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التى يعملون فى أرضها، وليس لدولة على أخرى حق العقاب، وأن الإعفاء ضرورى لتمكينهم من أداء وظائفهم، وحتى لاتتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة. ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسى ليس إلا فردا من رعايا دولة أجنبية، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة فى أرضها، ولايمكن أن يعطل سريان القانون على الممثل السياسى أعمال هذا الممثل مادام يحترم القانون ويطيعه ولايعرض نفسه للوقوع تحت طائلته.

د - *تمييز أعضاء الهيئة التشريعية* : وتعفى القوانين الوضعية ممثلى الشعب فى البلاد النيابية من العقاب على مايصدر منهم من الأقوال فى أثناء تأدية وظائفهم. وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه، فمنع من مؤاخذة أعضاء البرلمان على مايبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين[١]، أى أنه أعفاهم من المسئولية عن الجرائم القولية الشفوية أو الكتابية التى تلقى أو تكتب فى دارَى المجلسين. والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدرا من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الأداء، إلا أن الإعفاء بالرغم من هذا اعتداء صارخ على مبدإ المساواة؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هى مجالس المديريات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التى يتمتع بها أعضاء البرلمان؛ ولأن هناك من الوطنيين من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان.

---

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصرى.

هـ - تمييز الأغنياء: وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء في كثير من الحالات. ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصرى أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضى أن يحكم بالحبس في كثير من الجرائم، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية إذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه حتى يفصل في الاستئناف، وإن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف[1]. وفي هذا خروج ظاهر على مبدإ المساواة، إذ يستطيع الغني دائما أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم، بينما يعجز الفقير عن دفعها في أغلب الأحوال، فينفذ عليه الحكم في الحال.

ويجيز قانون تحقيق الجنايات المصرى للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه، فينظر اعتراضه أمام القاضى، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالى[2]. وفي تقرير مبدإ الضمان المالى خروج ظاهر على مبدإ المساواة لأن الغني يستطيع دائما أن يدفع الضمان المالى، فيخرج من محبسه. أما الفقير فهو في أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان، فيظل رهين محبسه، وقد تقضى المحكمة ببراءته لما نسب إليه، فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم، بل لأنه عجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر؛ لأنه فقير.

و - تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة: وتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم. ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصرى أن لوكيل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية على المتهم فيجنحة دون استئذان جهة ما، ولكن إذا كان المتهم موظفا أو محاميا أو طبيبا أو عضوا في البرلمان أو شخصية ظاهرة، فإن وكيل النيابة لايستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهات معينة، ويجوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء إدارى يوقع على الموظف أو الطبيب أو المحامى، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية،ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين.

ويجيز القانون المصرى لمن وقع عليه ضرر من جريمة أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعى مركز الشخص وماله، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع. فلو أن مدير شركة وعاملا في نفس الشركة أصيبا في حادث واحد بإصابات متماثلة فطالبا بتعويض، لكان التعويض الذى يحكم به للمدير الشركة ضخما كبيرا، ولكان التعويض الذى يحكم به للعامل تافها ضئيلا.

---

(١) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنايات المصرى.

(٢) المواد من ١٠٤ إلى ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات.

عوده

وقد جرى الشارع المصرى على هذه الطريقة فيما حدده من تعويضات عن إصابات العمال فى أثناء عملهم بإصابات تؤدى إلى تعطيلهم أو عجزهم أو وفاتهم، حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس مرتب العامل فى مدة معينة ولمدة معينة. فإن كان مرتبه صغيرا كان تعويضه كذلك، وإن كان مرتبه كبيرا كبر التعويض[1]. ويترتب على ذلك أنه لو أصيب عاملان معا فى مصنع واحد، وفى حادث واحد، وتحت ظروف واحدة، ففقد كل منهما ذراعه اليمنى، أو يده اليمنى، أو إبهامه الأيمن مثلا، فإن صاحب المرتب الأقل منهما يكون تعويضه أقل من التعويض الذى يصرف لزميله.

٢٣٥ - *بين القانون والشريعة* : هذه هى نظرية المساواة، كما تطلع علينا بها القوانين الوضعية الحديثة، لاتزال مهيضة الجناح، مقصوصة الأطراف، لم تسو بين الرؤساء والمرءوسين، والحاكمين والمحكومين، ولم تسو بين الفرد والفرد، ولابين الجماعة والجماعة، ولابين الغنى والفقير.

وقد يدهش بعض الذين لايعلمون أن يعلموا أن نظرية المساواة التى لم يتم نضجها وتكوينها فى القانون الوضعى الحديث قد نضجت تمام النضج، وتكونت تمام التكوين، ووصلت إلى أقصى مداها فى الشريعة الإسلامية. ولاتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط، بل تمتاز عليها أيضا بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرنا، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا فى آخر القرن الثامن عشر.

ويستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا إلى الشريعة الإسلامية، فإن المساواة التامة التى يبحثون عنها قائمة فى الشريعة، يحوطها من جمال التكوين، وجلال التقنين، وعدالة التشريع،مايبهر أبصارهم ويحير ألبابهم،ولكنه دون شك يحقق أحلامهم ويشبع أطماعهم.

٢٣٦ - *نظرية المساواة فى الشريعة* :- جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرية المساواة التامة، فقررت المساواة على إطلاقها، فلا قيود ولا استثناءات، وإنما مساواة تامة بين الأفراد، ومساواة تامة بين الجماعات، ومساواة تامة بين الأجناس، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرءوسين، لافضل لرجل على رجل، ولا لأبيض على أسود، ولا لعربى على عجمى. وذلك قول الله تعالى : ﴿يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات:١٣]. وذلك ماأكده رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله: "الناس سواسية كأسنان المشط الواحد، لافضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى"،

(١) المواد من ٢٥ إلى ٢٩ من ق٦٤/١٩٣٦ الخاص بإصابات العمال والجدول الملحق به.

عوده وفى قوله: "إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم، لأن الناس من آدم، وآدم من تراب، وأكرمهم عند الله أتقاهم".

فالناس جميعا فى الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم، متساوون فى الحقوق، متساوون فى الواجبات، متساوون فى المسئوليات، وهم فى ذلك كأسنان المشط الواحد لايتزيد سن على سن، ولايتقص سن عن سن، أو هم فى ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة فى حقوقهم، وواجباتهم ومسئولياتهم، لافضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء إنجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين، ولافضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكى الأبيض على الأمريكى الأسود، ولافضل لعربى على عجمى، أى لافضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوربا أفضليتها على بقية الأجناس.

والتقوى هى وحدها نصاب التفاضل بين الناس فى الشريعة الإسلامية، ولكنه تفاضل فى حدود معينة، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط، فأكرمهم عند الله أتقاهم.

وكون التقى كريما على الله لا يعطيه حقا عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق.

فالتقوى صفة تؤثر فى صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر فى صلة الإنسان بغيره، والتفاضل الذى ينشأ عن التقوى هو تفاضل معنوى لامادى.

وتطبق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشرى، ولهذا لاتفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين، ولابين الملوك والسوقة، ولابين ممثلى الدول السياسيين والرعايا العاديين، ولا بين ممثلى الشعب وأفراده، ولابين الأغنياء والفقراء، ولابين الظاهرين والخاملين. وسنبين فيما يلى حكم هذه الحالات التى جعلناها أمثلة على انعدام المساواة فى القوانين.

٢٣٧ـ *المساواة بين رؤساء الدول والرعايا*: تسوى الشريعة بين رؤساء الدول والرعايا فى سريان القانون، ومسئولية الجميع عن جرائمهم. ومن أجل ذلك، كان رؤساء الدول فى الشريعة أشخاصا لاقداسة لهم، ولايمتازون على غيرهم. وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أى فرد.

ولقد كان الرسول (ﷺ) - وهو نبى ورئيس دولة - لايدَّعى لنفسه قداسة ولا امتيازا، وكان يقول دائما: "إنما أنا بشر يوحى إلى"، و"هل كنت إلا بشرا رسولا؟".

وكان قدوة لخلفائه وللمسلمين فى توكيد معانى المساواة بين الرؤساء والمرءوسين. دخل عليه أعرابى فأخذته هيبة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم: "هوِّن عليك. فإنما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد". وتقاضاه غريم له دينا فأغلظ عليه، فهم به عمر بن الخطاب، فقال الرسول: "مه يا عمر، كنت أحوج إلى أن تأمرنى بالوفاء، وكان أحوج إلى

عوده

أن تأمره بالصبر"[١]. وخرج في أثناء مرضه الأخير بين الفضل بن عباس وعلي حتى جلس على المنبر، ثم قال: "أيها الناس من كنت جلدت له ظهرا فهذا ظهري فليستقد منه،ومن كنت شتمت له عرضا فهذا عرضي فليستقد منه، ومن أخذت له مالا فهذا مالي فليأخذ منه، ولايخشى الشحناء من قبلي فإنها ليست شأني. ألا وإن أحبكم إلي من أخذ مني حقا إن كان له، أو حللني فلقيت ربي وأنا طيب النفس". ثم نزل فصلى الظهر، ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقالته الأولى[٢].

وجاء خلفاء الرسول من بعده فنسجوا على منواله، واهتدوا بهديه. فهذا أبو بكر رضي الله عنه يصعد إلى المنبر بعد أن بويع بالخلافة، فتكون أول كلمة يقولها توكيدا لمعنى المساواة، ونفيا لمعنى الامتياز. فقال: "أيها الناس، قد وُلِّيتُ عليكم ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني". ثم يعلن في آخر كلمته أن من حق الشعب الذي اختاره أن يعزله. فيقول : "أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم"[٣].

وهذا عمر بن الخطاب يولي الخلافة فيكون أكثر تمسكا بهذه المعاني، حتى إنه ليرى قتل الخليفة الظالم. خطب يوما فقال: لوددت أني وإياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم، فإن استقام اتبعوه، وإن جنف قتلوه. فقال طلحة: وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه. فقال: لا، القتل أنكل لمن بعده[٤].

وأعطى أبو بكر القود من نفسه، وأقاد للرعية من الولاة. وفعل عمر بن الخطاب مثل ذلك، وتشدد فيه، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة[٥]. ولما قيل له في ذلك قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي القود من نفسه وأبا بكر يعطي القود من نفسه، وأنا أعطي القود من نفسي[٦].

ومن تشدد عمر في هذا الباب أنه ضرب رجلا، فقال له الرجل: إنما كنت أحد رجلين: رجل جهل فعلمه، أو أخطأ فعفى عنه. فقال له عمر: صدقت، دونك فامتثل، أي اقتص[٧].

---

(١) زاد المعاد جـ ١ ص ٥٩.

(٢) تاريخ بن الأثير جـ ٢ ص ١٥٤.

(٣) تاريخ ابن الأثير جـ ٢ ص ١٦٠ .

(٤) تاريخ ابن الأثير جـ ٣ ص ٣٠ .

(٥) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ١١٣-١١٥ .

(٦) الأم جـ ٦ ص ٤٤ .

(٧) الخراج لأبي يوسف ص ٦٥.

عوده

وأخذ عمر الولاة بما أخذ به نفسه، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الوالى للمظلوم، وأعلن على رءوس الأشهاد مبدأه هذا فى موسم الحج، حيث طلب من ولاة الأمصار أن يوافوه فى الموسم، فلما اجتمعوا خطبهم وخطب الناس قال : أيها الناس، إنى ما أرسل إليكم عمالا ليضربوا أبشاركم، ولا ليأخذوا أموالكم، وإنما أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم، وسنة نبيكم، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إلى، فوالذى نفس عمر بيده لأقصنه منه. فوثب عمرو بن العاص فقال: ياأمير المؤمنين، أرأيتك إن كان رجل من المسلمين على رعيته فأدب بعض رعيته إنك لتقصنه منه؟ فقال: أى والذى نفس عمر بيده، إذن لأقصنه منه، وكيف لاأقصه منه! وقد رأيت النبى (ﷺ) يقص من نفسه؟[1]

وقد جرى العمل فى الشريعة على محاكمة الخلفاء والملوك والولاة أمام القضاء العادى، وبالطريق العادى. فهذا هو على بن أبى طالب فى خلافته، يفقد درعا له ويجدها مع يهودى يدَّعى ملكيتها، فيرفع أمره إلى القاضى، فيحكم لصالح اليهودى ضد على. وهذا هو المغيرة وإلى الكوفة يتهم بالزنا. فيحاكم على الجريمة المنسوبة إليه بالطريق العادى. ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدى يحيى بن أكثم قاضى بغداد، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلفه خادم يحمل طنفسة لجلوس الخليفة، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته. وقال: يا أمير المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه، فاستحيا المأمون، ودعا للرجل بطنفسة أخرى. وبعض الخصومات التى كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تفض بطريق شرعى تحت "هو التحكيم"، كما فعل عمر بن الخطاب، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فعطب، فخاصم الرجل عمر، فقال عمر: اجعل بينى وبينك رجلا. فقال الرجل: إنى أرضى بشريح العراقى. فقال شريح لعمر: أخذته صحيحا سليما فأنت له ضامن حتى ترده صحيحا سليما. وكان هذا الحكم الذى صدر ضد عمر هو الذى حفز عمر لتعيين شريح قاضيا.

وفقهاء الشريعة الإسلامية، وإن كانوا يشترطون فى الإمام أى رئيس الدولة الإسلامية شروطا لاتتوافر فى كل شخص، إلا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة، ولا يميزونه عنهم بشيء. وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه. إلا أنهم اختلفوا فى الإمام الذى ليس فوقه إمام، ولهم فى سريان نصوص الشريعة عليه نظريتان :

---

(١) تاريخ ابن الأثير جـ ٣ ص ٢٠٨، وكتاب الخراج لأبى يوسف ص ٦٦ .

(عودة)

النظرية الأولى: وهي نظرية أبي حنيفة، ويرى أن كل شيء فعله الإمام الذى ليس فوقه إمام لما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لايؤاخذ به إلا القصاص والمال، فإنه إذا قتل إنسانا أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به؛ لأن الحد حق الله تعالى، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه؛ لأن إقامته بطريق الخزى والنكال ولايفعل ذلك أحد بنفسه، ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء، فإذا تعذر لم يجب، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات، لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء، فكان الوجوب مفيدا[1].

وخلاصة ماسبق أن الجرائم التي تمس حقوق الجماعة لايعاقب عليها الإمام الذى ليس فوقه إمام، لا لأنه معفى من العقاب، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه، إذ إنه صاحب الولاية على غيره، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة، ولأن ولاية العقاب فى الجرائم التي تمس حقوق الجماعة للإمام وليست للأفراد. وإذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم، إلا أن ولاية الإمام على حق العقاب فى هذه الجرائم تمنع من العقاب على الجرائم التي يرتكبها الإمام، حيث لايعقل أن يعرض الإمام نفسه للخزى والنكال بإقامة الحد على نفسه، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجبا.

فالفعل المحرم فى رأى أبي حنيفة يظل محرما ويُعَدّ جريمة، ولكن لايعاقب عليه لعدم إمكان العقاب. ويترتب على هذا أن الإمام لو زنى وهو محصن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لايعاقب على القتل، لأنه قتل شخص مباح الدم[2]، إذ الزنا من محصن عقوبته الموت. ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود، والحدود لايجوز تأخيرها ولا العفو عنها، فإن قتل الزانى المحصن يُعَدّ واجبا لابد منه إزالةً للمنكر، وتنفيذا لحدود الله، فمن يقتل الزانى المحصن فإنه يؤدى واجبا عليه ومن ثم فلا يمكن عَدُّه قاتلا.

أما الجرائم التي تمس حق الأفراد كالقتل والجراح، فيرى أبو حنيفة أن الإمام الذى ليس فوقه إمام يؤخذ بها ويعاقب عليها، لأن حق استيفائها ليس له أصلا، وإنما هو للمجنى عليهم وأوليائهم، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة فى هذه الجرائم فإنما يقوم به نيابة عن الأفراد، ولمنع الحيف والإضرار بالغير.

---

(1) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٠، ١٦١، البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٠، الزيلعي جـ ٣ ص ١٨٧.
(2) حاشية الطهطاوى جـ ٤ ص ٢٦٠.

عوده فإذا ارتكب الإمام جريمة من هذا النوع، كان للأفراد أصحاب الحق الأصلى فى استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الإمام مستعينين فى ذلك بالقضاء وبالجماعة، وإذا استوفى الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم؛ لأنهم فعلوا ماهو حقهم[1].

وإذا ولّى الإمام نائبا عنه أو قاضيا للحكم فى كل الجرائم، كان من حق النائب أو القاضى أن يأخذ الإمام الذى ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مست حقا لله أو حقا للأفراد[2]. وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذا بنظام فصل السلطات، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذى ليس فوقه إمام بعقوبة أى جريمة يرتكبها.

ويؤخذ على نظرية أبى حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف؛ لأن الإمام ليس إلا نائبا عن الجماعة، ولأن الخطاب فى التشريع الإسلامى موجه للجماعة وليس للإمام. وإنما أقامت الجماعة الإمام ليقيم أحكام الشريعة، ويرعى صالح الجماعة، فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمة كان للإمام أن يعاقبه بما له من حق القيام على تنفيذ نصوص الشريعة نيابة عن الجماعة، وإذا ارتكب الإمام نفسه جريمة عاد للجماعة حقها، وعاقبت الإمام حيث لايصلح للنيابة عنها فى هذه الحالة.

الثانية: وهى نظرية مالك والشافعى وأحمد، وهؤلاء لايفرقون بين جريمة وجريمة، ويرون الإمام مسئولا -٣٨٧- عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق لله أو بحق للفرد؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بمن فيهم الإمام، يعاقب عليها من ارتكبها ولو كان الإمام. ولاينظر هؤلاء الأئمة إلى إمكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده، وإنما له ولنوابه، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بعقوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد من ينوبون عنه ممن لهم تنفيذ هذه العقوبة(٣).

ولم يكتف الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على مايرتكبه من جرائم، بل بحثوا فيما إذا كان ينعزل بارتكابه الجرائم، فرأى البعض -٣٨٨- أن الإمام ينعزل

الصدر تعليق "رقم-٣٨٧-": وهذا هو القول الراجح، إذ لا فرق بين رئيس الدولة وسواه، إلا أن رئيس الدولة إذا كان هو الإمام المعصوم فلا يمكن أن تصدر منه جريمة.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٨-": وهذا هو الراجح، إلا أن رئيس الدولة إذا كان هو الإمام المعصوم فلايمكن صدور المعصية منه لأن عصمته تجنبه المعاصى، ولايمكن للأمة عزله لانه معين من قبل الله سبحانه وتعالى.

الشاوى رأينا فى "التعليقين-٣٨٧-،-٣٨٨-": العصمة لايعترف بها أهل السنة لأحد بعد الرسول.

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦١.
(٢) نفس المرجع السابق.
(٣) المدونة جـ ١٦ ص ٥٧، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢، ٢٩٦،٢٩٧، الإقناع جـ٤ ص ٢٤٤، ٢٤٥، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤٢،٣٤٣،٣٨٢، المهذب جـ ٣ ص ١٨٩، الأم جـ ٦ ص ٣٦، فقه القرآن والسنة ص ٩٧.

عوده بارتكابه المحظورات، وإقدامه على المنكرات، تحكيما للشهوة وانقيادا للهوى؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة، ويمنع من استدامتها [1].

٢٣٨ ـ *رؤساء الدول الأجنبية* : وإذا كانت الشريعة لاتميز رئيس الدولة الإسلامية الأعلى، فهى من باب أولى لاتميز رئيس دولة أجنبية[2]. وإذن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية، وعلى رجال حاشيتهم فى أثناء وجودهم فى دار الإسلام، فإذا ارتكبوا اى جريمة عوقبوا عليها. وإذا كان أبو حنيفة يرى عدم إمكان عقاب الإمام على الجرائم التى تمس حقوق الجماعة، فإن هذا الرأى لايفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئا؛ لأن اساس هذا الرأى ان الإمام لايمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه، والعقوبة هنا لاتقع عليه وإنما تقع على غيره.

على أن رؤساء الدول فى دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبى حنيفة فى تطبيق الشريعة على المستأمن. ورؤساء الدول فى دار الحرب وحاشيتهم ليسوا إلا مستأمنين. وطبقا لهذه النظرية لايعاقب المستأمن إلا على الجرائم التى تمس حق الأفراد، أما الجرائم التى تمس حق الجماعة فلا يعاقب عليها. وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة فى هذا، ويرى كما يرى باقى الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التى يرتكبها فى دار الإسلام[3].

٢٣٩ ـ *رجال السلك السياسى* : تسرى الشريعة على رجال السلك السياسى فيما يرتكبون من جرائم فى دار الإسلام، سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد، وليس فى قواعد الشريعة مايسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم، إلا إذا أخذنا بنظرية أبى حنيفة فى المستأمن-٣٨٩-، وهى تقضى بسريان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٩-": وقد مر آنفا بطلانها.

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٤، اسنى المطالب جـ ٤ ص ١١١.

(٢) المقصود بالدول الأجنبية الدول المحاربة التى تقوم فى دار الحرب، أما الدول الإسلامية فلا تُعَدُّ إحداها اجنبية بالنسبة للأخرى. ولاتسمح قواعد الشريعة بإعفاء رؤساء الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التى ارتكبوها فى دولة إسلامية أخرى، بل إنه يمكن عقابهم فى هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التى ارتكبوها فى اى مكان من دار الإسلام،وعلى الجرائم التى ارتكبوها فى دار الحرب، على التفصيل الذى بينا فى الفقرة ٢١٨.

(٣) راجع الفقرة ٢١٤ ومابعدها.

عوده ويلاحظ أن رجال السلك السياسى الذين يمكن عَدُّهم مستأمنين هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمثلونها وليسوا مسلمين. أما المسلمون الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة إسلامية، فهؤلاء لا يُعَدُّون مستأمنين بحال، وحكمهم حكم أى مسلم يقيم فى دار الإسلام.

وليس فى أخذ رجال السلك السياسى بجرائمهم مايعيب الشريعة، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة. ولكن العيب فى التفرقة التى تأخذ بها القوانين الوضعية بحجة حمايتهم، وتمكينهم من أداء وظائفهم؛ لأن الممثل السياسى الذى يرتكب الجرائم لايستحق الحماية، ولايصلح لأداء وظيفته، ولأنه لايحمى الممثل شىء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات. وإذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف فى غير محله؛ لأن هناك من وسائل الضغط ماهو أسهل وأسرع وأجدى من الاتهام، فمنع محاكمة الممثل السياسى لايمنع من الضغط عليه والتأثير فيه، والحجج التى يبررون بها منع المحاكمة لاتبرر المنع بحال من الأحوال.

إن أجيالا عديدة من الفقهاء والباحثين والمفكرين الإسلاميين سوف يذكرون بكل تقدير واعتزاز عناية فقيهنا بمبدإ المساواة الإنسانية فى شريعتنا. وقد سبق أن لاحظنا أنه عَدَّه أساسا لنظرية عامة[1]، وأعقب ذلك بالإشادة بنظرية مساواة المرأة بالرجل فى الإسلام.

وها هو ذا الآن يعود ليخصص لهذه النظرية بحثا مطولا لاشك فى أن أهميته تتجاوز الأحكام الفرعية أو الآراء الفقهية التى عرضها أو أيدها، وأنأمل أن يكون منطلقا لاجتهادات وآراء مستقبلية تتجاوز بكثير ما توصل إليه هو أو ما قرره فقهاؤنا الأسبقون أو من يأتون بعدهم فى آرائهم ومذاهبهم المتعددة.

ومن ناحيتنا سوف نحاول أن نتقدم بآراء تستند إلى هذا المبدإ الإسلامى الأصيل، وتتفرع عن هذه "النظرية" التى عنى فقيهنا ببحثها منذ بداية هذه الدراسة وإن تجاوزت آراؤنا بعض ما توصل إليه أو خالفته.

نحن نتفق معه فى أن مبدأ المساواة الإنسانية فى شريعتنا مبدأ أصيل نعتز به ونلتزم به فى كل ما نقدمه من آراء تتوافق ما قدمه هو أو غيره من الفقهاء أو تخالفها أو تتجاوزها.

* * *

فى دراسته لسريان النصوص الجنائية على الأشخاص ومبدإ المساواة، توسع فى عرض أسس هذا المبدإ فى شريعتنا وفقهنا، واهتمامها به كأساس لنظرية عامة بعكس القوانين الوضعية المستحدثة التى تخالف هذا المبدأ فى كثير من نصوصها التى تميز طوائف معينة بإعطاء أفراد تلك الطوائف حصانة من المحاكمات الجنائية لا تقرها شريعتنا ولا تعترف بها.

هذا المبدأ هو الذى جعله أساسا لنقده لبعض فقهاء الحنفية الذين قالوا بعدم إقامة عقوبات الحدود على من يسمونه "الإمام الأعظم"، وتأييده القوى للرأى الآخر القائل بأنه ينزل بارتكاب الجرائم ويجب على الأمة أن تعاقبه كغيره من الناس لا أن يبقى إماما ويتمتع بالحصانة التى تعطل حدا من حدود الله ...

(1) يراجع تعليقنا على البند (21) و (22).

۞ مبدأ المعاملة بالمثل فى العلاقات الدولية يجب احترامه :

إن إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وسفرائها من المحاكمات الجنائية أساسه مبدأ المعاملة بالمثل، فيما يتعلق بالاختصاص فقط. وليس معناه أننا نعفى رؤساء الدول الأجنبية وسفراءها من المسئولية عن الجرائم التى يرتكبونها فى بلادنا. كل ماهنالك أننا نقبل أن يكون الاختصاص بذلك لمحاكم بلادهم. فالمسألة فى نظرنا متعلقة فقط باختصاص القضاء الوطنى. فطبقا لمبدإ تخصيص القضاء، من حق الجهة التى تمتلك هذا التخصيص أن تمنع قضاءنا من الفصل فى مثل هذه القضايا. وهذا كله يطبق فيه مبدأ المعاملة بالمثل فيما يتعلق بالاختصاص القضائى. ومادام من مصلحتنا إعفاء ممثلينا من المحاكمة فى الخارج، فلا يجوز أن نرفض إعفاء ممثلى الدول فى بلادنا، والمعاملة بالمثل شرط من شروط التعاهد بين الدول، التى تسود العالم اليوم. ولانرى مانعا من أن يكون مبدأ الاحترام المتبادل بين الدول أساسا للإعفاء المتبادل لرؤساء الدول وممثليها من المحاكمة فى بلادنا؛ وتتعهد كل دولة بمحاكمة رئيسها أو ممثلها فى بلاده، فيكون الاستثناء مقصورا على اختصاص المحاكم، ولايُعَدّ إعفاء من المسئولية الجنائية أو المدنية.

ولا يعنى ذلك تقرير إعفاء من تطبيق حكم شرعى فى بلادنا على رئيس دولتنا، ولو كان الفعل الذى ارتكبه قدً وقع فى بلد أجنبى ولم يحاكم هناك بسبب تمتعه بالحصانة من المحاكمة على أساس التبادل التعاهدى أنه سيحاكم فى بلده. وهذه كلها مسائل تنظمها القوانين الدولية على أساس مبدإ المعاملة بالمثل.

وقد ورد فى أحد الكتب العصرية "كتاب عبقرية الإسلام"(1) من عناية النبى (ﷺ) بالرسل أو المفاوضين أو سفراء الأجانب أنه كان يسبغ عليهم حمايته ويمنع أن يصل إليهم سوء، وكان من آثار ذلك أنهم يعفون من دفع الضرائب والرسوم عما يحملونه من الأمتعة على نمط مايجرى فى العصر الحاضر.

وكما عرف المسلمون مايسمونه اليوم "الصندوق الدبلوماسى والحقائب الدبلوماسية" فما كانوا يمسون أشياء السفير ووثائقه، وقد عرفوا كذلك حصانة السفراء التى تجعلهم فى بلادنا كأنهم يعيشون فى قطعة من بلادهم.

ويتجلى ذلك فى أن قوانين الإسلام لاتطبق عليهم إلا بمقدار. فإذا فعل السفير حراما أو شرب فسكر أو ارتكب فاحشة لايقام عليه الحد لأنه يعيش (كما يقرر القانون الدولى الحديث) كما لو كان خارج أرض الدولة.

(1) للدكتور منير العجلانى ص 51 .

أعضاء البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التى يرتكبونها فى دار البرلمان؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فردا على فرد، أو جماعة على جماعة، ولأنها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة.

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق فى هذه الناحية على الشريعة، ولكن قليلا من التفكير يؤدى بنا إلى القطع بأن الشريعة تتفوق فى هذه الناحية تفوقا عظيما، سواء نظرنا إلى المسألة من وجهتها الفنية، أو نظرنا إلى المسألة من الوجهة الاجتماعية والأخلاقية.

فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء. والمبدأ الأساسى فى القانون أنه لايجوز أن يقذف المرء آخر أو يسبه أو يعيبه، فإن فعل عوقب سواء كان صادقا فيما قال أو كاذبا.

وإذا كان هذا المبدأ يحمى البرآء من ألسنة الكاذبين الملفقين، فإنه يحمى أيضا الملوثين والمجرمين والفاسقين من ألسنة الصادقين.

وبهذا المبدإ، الذى قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسىء والمحسن، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة. وبهذا المبدإ، انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب، فالطيب لايستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر فى غيه، ذاهب إلى نهاية طوره؛ لأنه لا يخشى رقيبا ولا حسيبا من الجماهير. ولايستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدإ القانونى أن يسمى الأسماء بمسمياتها، وأن يصف الموصوفات بأوصافها. لايستطيع أن يقول لمن زنى يازان، ولايستطيع أن يقول لمن سرق ياسارق، ولايستطيع أن يقول للمفترى ياكاذب، فإن قالها باء بالعقوبة، وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على ما نُسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق.

ذلك هو مبدأ القانون فى جرائم القول، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المنكر، وأن يحطوا من قدر المسىء ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان.

وقد شعر واضعو القانون المصرى بخطورة هذا المبدإ على الشعب إذا طبق على إطلاقه، فاستثنوا منه حالات أربع هى:

١ – حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة، فإن الطاعن لايعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية، وكان لايتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسند إلى المقذوف[1]. وقد تقرر هذا الاستثناء، لإشعار الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد، فيدعوهم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه.

---

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى.

عوده ٢ – حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب: فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه فى أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال فى الأوقات العادية. وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول مايعرفه عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب، وليسْهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل مايتعلق بسلوكه وأخلاقه.

٣ – حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤاخَذون على مايبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين طبقا لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة أن يقولوا مايشاءون دون تحرج أو خوف من المحاكمة والعقاب .

ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين فى أن القاذف فى الحالتين السابقتين لاينجو من العقاب إلا إذا كان صادقا فيما قال، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولايعاقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلقا لما قال .

٤ – حالة المحاكمة والتقاضى: فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف أو السب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم فى دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم، ولايترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية.

ويلاحظ أن القاذف والساب يعاقب جنائيا على قذفه أو سبه سواء كان صادقا أو كاذبا فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصرى، وهو المبدأ نفسه الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة، وهذه هى مستثنيات المبدإ فى مصر، وهى لاتكاد تختلف كثيرا عما فى معظم القوانين الوضعية.

والعيب الفنى فى القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام. فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة. وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء، إذا ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معا، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب.

والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة؛ لأن الأفراد هم الذين يكونون الجماعة، وإذا صلحوا صلحت الجماعة، ولايمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون .

ولاشك فى أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدى إلى فساد أخلاقهم وهدم الوازع الأدبى فى نفوسهم، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة، فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى يخر عليه من السقف أو ينتقض من القواعد.

<عوده> أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء، وإباحة الصدق فى كل الأحوال، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على من يقول الحق، ولا مؤاخذة على من يسمى الأشياء بمسمياتها، والموصوفات بأوصافها. لا عقاب على من يقول للزانى يازانى إذا أثبت أنه زان، ولاعقاب على من يقول للسارق إنك سارق، إذا أثبت أنه سارق، ولا عقاب على من يقول للكاذب إنك كاذب إذا لم يَعْدُ قول الحق.

وليس لهذا المبدإ استثناءات ما، فكل إنسان يستطيع أن يطعن فى أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة، وينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم.

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية؛ لأن الشريعة لاتحمى النفاق والرياء والكذب، ولأن الشخص الذى لايستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلا فى نظر الشريعة لأن يتولى شيئا من أمور الناس فى حياتهم العامة.

وكل إنسان فى وقت الانتخاب وفى غير الانتخاب يستطيع طبقا للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن، وللمسىء هذا مسىء، مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسىء. وكل إنسان سواء كان عضوا فى البرلمان أو فى أى هيئة أخرى، أو كان عاطلا من عضوية الهيئات على الإطلاق، له الحق فى أن ينسب مايشاء إلى من شاء، مادام يستطيع أن يثبت ماينسبه إلى هؤلاء. فليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق فى وقت الانتخابات، وتحريمه فى غير ذلك من الأوقات؛ لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام، ولاتحرمه فى أى ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان.

وليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق والكذب معا لأعضاء البرلمان والمتقاضين؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم، فلا تجمع فى حكم واحد بين المتناقضين؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأى والشورى، فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه، كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه، وماقيمة الرأى والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لايصدقون فى كل الأحوال؟ ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة، وفى تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدإ المساواة.

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية فى الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم الكذب، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة، ويرمى إلى إصلاح الجماعة وتقويمها، وتشجيع الصالح وكبت الطالح، وتربية الأفراد على الأخلاق الحسنة، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة، وشتان بين هذا المبدإ فى قوته وصلاحيته، وبين مبدإ القانون فى ضعفه وتهافته.

قبل أن يشيع الهامه فى المجتمع ويشهر بغيره قبل أن يحكم القضاء فى هذا الاتهام :

يسرين دفاعه الدائم عن ضرورة المساواة بين جميع البشر وتطبيق نظرية المساواة التى دافع عنها بحق وبحماسة نؤيده فيها .

ويسرين أنه يشير إلى هذا المبدإ ويذكرنا به فى كل مناسبة، وإن كنا نلاحظ أنه لم يجد الفرصة ولا الوقت الكافى لفحص آراء كثيرة نقلها عن كتب السلف على ضوء هذا المبدإ الأصيل. وسوف نستبيح لأنفسنا أن نقوم بما لم يقم به فى بعض المسائل ...

ومع ذلك، فإننا نرى أن حالات التمييز التى أطال فى مناقشتها والاعتراض عليها وعرض الآراء المختلفة فى الفقه بشأنها ... قد تستوعبها مسوغات لا بد أن نشير هنا إلى بعضها ... لأنها يجب أن تكون محل تقدير .

إننا لا نقر قوله بأن العقاب على القذف دون إعطاء القاذف الحق فى إثبات ما ادعاه فيه إخلال بمبدإ المساواة – طالما أن القصد من هذه القاعدة تطهير المجتمع من إشاعة الاتهامات بوسائل العلانية التى تضر بالجميع بدون الالتجاء إلى القضاء مباشرة وتقديم الدليل له ليفحصه، والمقصد من ذلك ألا يعلن الاتهام فى صورة قذف على قبل حكم القضاء العادل النزيه .

إن القول بمعاقبة القاذف دون تمكينه من إثبات صدقه يسوغه فى نظرنا أن القصد من ذلك هو إلزام من يدعى الصدق ويدليه الدليل عليه أن يبادر باتباع الإجراءات الشرعية فى رفع الدعوى حسبة، بدلا من إلقاء التهم علنا قبل أن يفصل فيها القضاء ودون أن يعرضها عليه ويقدم الدليل الذى لديه. ولانعتقد أن ذلك يخل بمبدإ المساواة خصوصا وأن القوانين تستثنى من ذلك نقد من يتولون السلطة أو الشئون العامة، وتعطى للقاذف حق إثبات ما ادعاه فى تلك الأحوال، لأهمية ذلك كضمان لنزاهة الحكام وأعوانهم، فتكون القاعدة التى انتقدها محصورة فى التشهير بالأفراد علنا ممن لايتولون مسئولية عامة دون الالتجاء إلى القضاء – وتُعَدّ القوانين ذلك فعلا يستحق التعزير .

لذلك لا نقر توسعه فى هذا النقد، ولا قوله بأن مثل هذا الحكم إذا تقرر اجتهادا يكون مخالفا للشريعة، ولا أن فيه تقييدا على "الصدق" لأن باب الصدق مفتوح ولكن بالالتجاء إلى القضاء لكى يوقع الجزاء الشرعى بعد أن يثبت لديه توافر شروطه. ونرى أن رأيه هذا هو اجتهاده، ولكن لا يصح أن يفهم من حماستهفىالتدليل عليه أن الفقه أو الشريعة لا تتسع لغير هذا الرأى، ولا أن نقطع بأنه أفضل الآراء مقدما دون مراعاة المسوغات التى تستوجب أو تقتضى المفاضلة بين الآراء المختلفة .

❀ قذف غير المحصنات يستوجب التعزير :

ثم إن نقده الاتجاه فى القوانين الوضعية إلى فرض العقاب على القذف دون إعطاء القاذف حق إثبات التهمة التى رمى بها المجنى عليه، نرد عليه بأن الجزاء المقرر فى تلك الحالات هو التعزير. والأصل تطبيق التعزير على القاذف دون إعطائه فرصة لإثبات صحة ما قاله،(1) وموضوع هذا البحث فى القسم الخاص عند دراسة هذه الجريمة. ولكنى أبادر الآن إلى القول بأن رأيى هو عدم الخلط بين عقوبة الحد فى قذف المحصنات الغافلات المؤمنات فى الشريعة، والعقوبات التعزيرية. فالجريمة المعاقب عليها بالحد لها شروط إضافية، ومنها إعطاء المتهم حق إثبات ما يدعيه ليسقط الحد، وإن كان سقوط الحد لايمنع التعزير فى نظرنا لأن التعزير أوسع نطاقا لأن الجزاء قد لايكون عقوبة بل مجرد إصلاح وتهذيب وو قاية، فلا يجوز الخلط بين شروط تطبيق الحد وبين الشروط التى تكفى للتعزير.

كما أننى ألفت النظر إلى أن من يدعى الصدق فيما قاله من قذف فى حق غيره من الأفراد يمكن أن يعزر لعدم التجائه إلى القضاء قبل التشهير العلنى الذى يضر بالمجتمع ذاته بإشاعة التنابز بالألقاب قبل ثبوت الاتهام قضائيا لأن واجبه أن يتخذ الإجراءات الإقامة الدعوى على من قذفه بالإجراءات الشرعية بدلا من التشهير به فى علانية تشيع الفاحشة فى المجتمع، ولهذا يمكن التعزير دون أن يسمح له بالإثبات بمجرد أنه أشاع الأقوال الجارحة بدون اتخاذ إجراءات الدعوى التى لها قيود وشروط عديدة.

إننا لا نوافق على إباحة التشهير بحجة الصدق؛ فالصدق يوجب مبادرة الفرد إلى اتخاذ الإجراءات الشرعية لإثبات صحة ادعائه وطلب مؤاخذة من ارتكب معصية، دون حاجة للتشهير العلنى بالقذف فى حق الأفراد، خصوصا وأن الشريعة أعطت للفرد حق دعوى الحسبة وفتحت أمامه الباب الواسع لمباشرة الدعوى الجنائية حتى لا يسير فى طريق القذف والتشهير العلنى ضد أفراد المجتمع، الأمر الذى يشيع الفاحشة ... ويفسد جو المجتمع بالاتهامات المتبادلة المرتجلة دون داع لذلك .

إننا نرى أن إعفاء القاذف فى حق المحصنات من عقوبة الحد فى حالة تمكنه من إثبات صحة ما نسبه للمقذوف إذا ورد فى بعض كتب التراث لايستلزم إعفاءه من التعزير؛ لأن مبدأنا أنه لا يجوز أن يكون قول الفقيه فى حالة معينة أو فعل معين بأنه لا حد فيه، معناه أنه لا تعزير فيه، لأن التعازير أوسع نطاقا .

ومع ذلك فنحن نقر نقده لحصر الإعفاء فى حالة نقد الموظف العام أو من له صفة نيابية ... إلخ فى نطاق أعمال وظيفته دون حياته الخاصة، لأن جمهورنا وتشريعاتنا تفترض على من يتولى مسئولية عامة أن يكون سلوكه الشخصى على مستوى أخلاقى يقره

(1) بند (240) .

الرأى العام، ومجتمعنا لايسمح له بأن يمارس سلوكا أخلاقيا لايقره الدين والأخلاق، وأقل مايجب عليه فى هذه الحالة هو التخلى عن العمل العام ولكى يتمتع بما يتمتع به الأفراد العاديون من حماية ضد النقد فى شئونه الشخصية.

كذلك نقره فى أن حرمان الفرد العادى من رفع دعوى الحسبة يتناقض مع حرمانه من إثبات صدق دعواه فى حالة القذف، لأن مبرره الوحيد هو أنه كان يجب عليه رفع دعوى الحسبة أمام القضاء.

إن المبدأ المقرر فى القانون الوضعى بإعفاء أعضاء المجلس النيابى من المسئولية الجنائية عن أقوالهم فى الجلسات – يعلل بأنه قصد به تشجيعهم على نقد ما يرونه خطأ أو ضررا بالمجتمع أو بالنظام الحكومى دون خوف من المسئولية.

وهو ينتقد ذلك بحق مستندا إلى أنه يعطى هذه الطائفة امتيازا على غيرها من الناس ويفتح لها باب استغلال الحصانة البرلمانية لارتكاب جرائم القذف والسب حتى يسمح للسلطة بأن تتخذ الحصانة ميزة لحماية من تشجعهم على ارتكاب هذه الجرائم ضد من يعارضونها.

لكن المبرر الذى أشرنا إليه لم يناقشه ولم ينتقده، ولو فعل ذلك لاستطاع أن يقترح شروطا أو قيودا على هذا الإعفاء حتى لا يصبح امتيازا لا مبرر له ولا يتجاوز الضرورة اللازمة لممارسة حق النواب فى نقد الحكومة والعاملين لها.

لذلك، فإننا نقترح أن يكون أول هذه القيود أن يكون الإعفاء مقصورا على ما يقال ماسا بالمسئولين فى السلطة، لأن مهمة هذه المجالس هى الرقابة على أعمالهم. فنقترح ألا يشمل الإعفاء ما يمس الأفراد العاديين الذين لا يمارسون أى سلطة فى الدولة أو الحكومة.

بل ويجب ألا يشمل مايمس أعضاء المجلس الآخرين، حيث لاحظنا أن بعض النواب وخاصة من الأغلبية يتعمدون إهانة زملائهم المعارضين لإسكاتهم وتخويفهم.

والحق أن بعض النظم تلجأ إلى تزوير الانتخابات حتى لا يدخل هذه المجالس إلا من يؤيدونها ويكيلون لها المدح والثناء والتأييد للحكومة والوزارة والرئاسة دون مبرر، فى حين أن مهمتهم هى النقد والإشراف على المسئولين فى السلطة. وهذا الواقع يحتاج منا إلى علاج، ولذلك قد يكون من المناسب إعطاء الناخبين الحق فى محاسبة الأعضاء على إسرافهم فى تملق الحكومة والمسئولين فى السلطة بقصد الحصول على منافع شخصية من هذا النفاق، ومن حق الناخبين أن يذكروهم بأنهم لا يرضون عن هذا النفاق..

ومعنى ذلك أن هذه الحصانة اقتصرت فائدتها على تمكين النواب الزائفين من ارتكاب جرائم ضد غيرهم من الأفراد دون عقاب، بل إنها تستغل الآن لحمايتهم من المحاكمة عن الجرائم التى ارتكبوها قبل دخولهم المجلس. وكثيرا مانرى أن الغرض الأول من إدخال بعضهم بطريق التعيين أو التزوير قصد به تعطيل القضايا التى تقام ضدهم.

عوده ١٤١ - *الأغنياء والفقراء* : لا تفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراء، فهم لدى الشريعة سواء، وقواعد الشريعة لا تسمح بأن يستفيد الغنى من غناه أو أن يضار الفقير بفقره، ولهذا لا تعترف الشريعة بنظام الضمان المالى أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس، لا لشىء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة.

والمعروف فى الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية، ويطبق فى حالة الحبس للدَّين، فمن كان محبوسا لدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل. ولاشك فى أن كل محبوس لدين يستطيع أن يجد شخصا يكفله؛ لأن الحبس للدين لايكون إلا عند الامتناع عن الدفع مع القدرة عليه، ولكن كل محبوس لايستطيع أن يدفع فورا قدرا من المال. أما الحبس فى الجرائم على ذمة التحقيق والمحاكمة، فيراه بعض الفقهاء نوعا من التعزير، أى عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التى نزلت بالمتهم، ويترتب على عَدِّ هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لايمكن إخلاء سبيل المتهم بكفالة شخصية؛ لأن الكفالة لاتقبل فى العقوبة. ويرى بعض الفقهاء أن الحبس فى هذه الحالة حبس للاحتياط[1] -٣٩٠- وليس عقوبة، وعلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية. ولاشك فى أن كل محبوس حبسا احتياطيا يستطيع أن يجد له كفيلا، ولكن كل محبوس لايستطيع أن يدفع ضمانا ماليا. وسواء عَدَدْنا الحبس تعزيرا أو احتياطيا فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد.

المصدر تعليق "رقم-٣٩٠-": وهذا هو أرجح القولين، إذ لاتعزير إلا مع ثبوت الجريمة، أما قبل ثبوتها كما هو المفروض فلا يكون السجن المذكور تعزيرا .

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٩٠-": نفضل أن يضيف فى نهايته تعزيرا عقابيا. وإنما هو تعزير وقائى واحتياطى فقط كما ذكر هو فى تعليق سابق .

---

(١) المدونة الكبرى جـ ١٦ ص ١٤،١٧،١٨، المبسوط للسرخسى جـ ٢٦ ص ١٠٦، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٧، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٤ .

الإخلال به فى تقديرها :

فى دفاعه عن مبدإ المساواة فى شريعتنا، استطرد للقول بأن فرض الكفالة المالية كشرط للإفراج عن المتهمين فيه إخلال بهذا المبدإ، لأنه يعطى امتيازا للغنى الذى يمكنه أن يدفع الكفالة التى لايستطيع الفقير دفعها. ونحن نرد على ذلك بأن العبرة ترجع إلى مقدار الكفالة، إذ يجب أن يراعى فى تقديرها القدرة المالية للمتهم. فالمساواة تتحقق إذا روعى فى تقديرها تناسبها مع غنى المتهم أو فقره. والإخلال بالمساواة لاينتج عن مبدإ الكفالة، وإنما يقع إذا سوينا بين الغنى والفقير فى مقدار الكفالة المفروضة أو المشترطة.

ومع ذلك، فإننا نرى أنه لكى نضمن للفقراء حق الاستفادة من الإفراج نظير ضمان مالى ينص فى القانون أن له دائما الحق فى تقديم كفيل شخص مقبول فى حالة عجزه عن تقديم الضمان المالى الذى يستطيع الغنى تقديمه .

كما نلاحظ أنه عاد للقول بأن "التعزير" هو عقوبة، وقال إن الفقهاء الذين يَعُدُّون الحبس الاحتياطى تعزيرا معناه أنه عقوبة جنائية . والصحيح فى نظرنا أنه مجرد تدبير "احتياطى"، أى وقائى لمنع المتهم من الهرب قبل أن يفصل قضائيا فى الاتهام الموجه إليه، أو منعه من القيام بما يعطل جمع الأدلة اللازمة للتحقيق. فهو ليس عقوبة، وإن سماه بعض الفقهاء تعزيرا لأن التعزير كما قلنا مرارا ليس عقوبة دائما وفى جميع الأحوال بل يتسع لما يسمى فى عصرنا بالتدابير الاحترازية أو الوقائية، ويسرنا أنه أورد رأيا آخر يَعُدّ الحبس فى هذه الحالة للاحتياط .

لدى الشريعة سواء، فالحاكم كالمحكوم، والشريف كالوضيع، والقوى كالضعيف، والنابه كالخامل. وقد عاتب الله رسوله عتابا شديدا؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسراتها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس. جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله، وكان النبي مجتمعا في هذا الوقت بصناديد قريش وسراتها يكلمهم في شأن الدعوة، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه-٣٩١-، وظهرت هذه الكراهية في وجهه، وأعرض عنه وهو يطمع في استمالة القوم، فأنزل الله جل في شأنه في ذلك الحادث قوله: ﴿عبس وتولى * أن جاءه الأعمى * وما يدريك لعله يزكى * أو يذكر فتنفعه الذكرى * أما من استغنى * فأنت له تصدى * وما عليك ألا يزكى * وأما من جاءك يسعى * وهو يخشى * فأنت عنه تلهى﴾ [عبس: ١ - ١٠].

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على تطبيق مبدإ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد. من ذلك أنه طبق هذا المبدأ يوم أن سرقت امرأة من أشراف قريش، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها، وأعظموا ذلك وكلموا فيها الرسول فقام خطيبا فقال: ما إكباركم على في حد من حدود الله، وقع على أمة من إماء الله؟ والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذى نزلت به لقطع محمد يدها[1].

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فغضب عبد الرحمن بن عوف، وسب العبد قائلا: يابن السوداء. فغضب النبي أشد الغضب، ورفع يده قائلا: "ليس لابن البيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق." فاستخذى عبد الرحمن وخجل، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآلمه للنفس، فوضع خده على التراب، وقال للعبد: طأ عليه حتى ترضى.

الصدر تعليق "رقم-٣٩١-": لأنه (ﷺ) كان يطمع فى إسلام صناديد قريش، وكان يرى (ﷺ) أن الاهتمام بإسلامهم أولى من أجوبة مسائل ابن أم مكتوم فلا يكون فى الآية طعنا للنبى (ﷺ). هذا بناء على أن المراد بالآيات المباركة عتاب النبى (ﷺ). وأما بناء على أن المراد عتاب سواه كما فى بعض الروايات فهى أجنبية عن النبى (ﷺ).

الشاوى رأينا فى "تعليق-٣٩١-": لانوافق عليه، ونرجح ظاهر النص. ونعتقد أن عتاب القرآن للرسول الكريم يشرفه ولاينقص من قدره.

---

(١) كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٥٠ .

عوده

وكذلك يذكر قصة جبلة بن الأيهم، فقد داس أعرابي على إزاره وهما يطوفان بالكعبة، فلطمه جبلة. فشكاه الأعرابي إلى عمر بن الخطاب، فأمر بالقصاص. وعز على جبلة وهو شريف أن يقتص منه الأعرابي، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر، ثم أدركه الندم، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لطمة   وماكان فيها لو صبرت لها ضرر .

وكان عمر بن الخطاب حريصا على التسوية بين الأشراف والعامة، وله فى ذلك وقائع مشهورة [1] .

والقاعدة فى الشريعة أن التعويضات لاينظر فيها إلى شخصية المجنى عليه، ولامركزه، ولاثروته، وإنما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذى وقع عليه. فإذا قتل شريف ووضيع ففديتهما واحدة، وإذا أصيب عامل من شركة ومدير الشركة فى حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعا أو إصبعا عوض كل منهما تعويضا مساويا لتعويض الآخر .

٢٤٣ ـ المسلمون والذميون : وتسوى الشريعة بين المسلمين والذميين فى تطبيق نصوص الشريعة فى كل ما كانوا فيه متساوين، أما ما يختلفون فيه فلا تسوى بينهم فيه؛ لأن المساواة فى هذه الحالة تؤدى إلى ظلم الذميين. ولا يختلف الذميون عن المسلمين إلا فيما يتعلق بالعقيدة، ولذلك كان كل ما يتصل بالعقيدة لا مساواة فيه. والواقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدلا خالصا، فإن المساواة بين المتخالفين ظلم واضح، ولا يمكن أن يُعَدّ هذا استثناء من قاعدة المساواة، بل هو تأكيد للمساواة، إذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة، ولا يمكن أن تتحقق العدالة إذا سوى بين المسلمين والذميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية؛ لأن معنى ذلك هو حمل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم، وحمل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم، ومعناه أيضا عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون، والتعرض للذميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يدينون، ومعناه أخيرا الخروج على قواعد الشريعة العامة التى تقضى بترك الذميين وما يدينون، والخروج على نص القرآن الصريح ﴿لاإكراه فى الدين﴾ [البقرة: ٢٥٦].

والجرائم التى تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين، هى الجرائم القائمة على أساس دينى محض كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير. فالشريعة الإسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذى يعتقد طبقا لدينه بحرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على

(1) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى من ص ٩٥ إلى ص ١٠٠ .

عوده غير المسلم الذى يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه. ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقا أعمى لأخذ الذميون بأفعال هى فى معتقدهم غير محرمة، وفى هذا ظلم بيِّن، فكان من العدل الذى أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم. فالمسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقبا عليها، أما الذمى فلا يُعَدّ شربه الخمر أو أكله لحم الخنزير جريمة -٣٩٢- .

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس دينى إذا كان إتيانها محرما فى عقيدتهم، أو يُعَدّ عندهم رذيلة. أو إذا كان إتيان الفعل مفسدا للأخلاق العامة، أو ماسّا بشعور الآخرين. فمثلا شرب الخمر ليس محرما فى عقيدة الذميين ولكن السكر محرم عندهم، أو هو رذيلة، فضلا عن أنه مفسد للأخلاق العامة، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب، فمن شرب حتى سكر عوقب-٣٩٣-، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه. والشريعة توجب الصوم على المسلم، وترى فى عدم الصوم معصية، وفى التظاهر بالإفطار معصية، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم؛ لأنه ملزم به طبقا لعقيدته؛ ولأن غير المسلم ليس ملزما بالصوم؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل ما لا يعتقد ولا إكراه فى الدين. أما التظاهر بالإفطار فيعاقب عليه المسلم والذمى معا؛ لأن الذمى وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن كل ما يمس شعائر الإسلام وشعور المسلمين، وهذا دون شك فى استطاعته، ولا يمس أى مساس بعقيدته، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم، وبشعور الصائمين، فإذا ما تظاهر الذمى بالإفطار عوقب على تظاهره بالإفطار، وإذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفطر، لأن الصوم ليس واجبا عليه-٣٩٤- .

الصدر تعليق "رقم-٣٩٢-": ولكن التجاهر بشرب الخمر جريمة يعاقب عليها، وهكذا التجاهر ببقية الكبائر فى الشريعة الإسلامية، لأن الذمى وقد التزم بأحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن التظاهر بمخالفة الإسلام ومخالفة أحكامه وألّا يعمل عملا يكون سببا لإفساد أخلاق المسلمين ومن البديهى أن التجاهر بالمعاصى الكبيرة قد يكون سببا لإفساد أخلاق المسلمين وتجرؤهم على مخالفة أحكام الاسلام .

الصدر تعليق "رقم-٣٩٣-": إذا تجاهر به أو كان عندهم جريمة .

الصدر تعليق "رقم-٣٩٤-": إن الصوم من الأحكام الشرعية التى يخاطب بها جميع المكلفين من مسلمين وغيرهم بناء على ما هو المشهور بين فقهاء المذهب الجعفرى من كون الكفار مكلفين بالفروع كالأصول، وإنما لا تعاقبهم السلطة على ترك الصوم لأن الصوم لا يصح من المكلف إلا مع الإسلام، ولما كان من لوازم الذمة إبقاؤهم على دينهم فلا تعاقبهم السلطة على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.

الشاوى رأينا فى "التعليقات-٣٩٢- إلى -٣٩٤- ": العقاب على التظاهر ليس عقابا على الفعل ذاته، ولذلك يستوى فيه الجميع سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين .

242، 243 – المساواة أصل شرعي نعتز به، ومراعاة الظروف

الشخصية عند الحكم بالتعويض عن الضرر لايخل بها :

نؤيد اعتزازه بما سبقت إليه الشريعة جميع القوانين فى المساواة بين جميع الناس فى تطبيق العقوبات على النحو الذى فصَّله. ونرى أنه لا يجوز الخروج عليه ... لكننا لا نذهب إلى ما قاله من أن تحديد الدية شرعا يتعارض مع تقدير تعويضات مالية إضافية يرى أنها قد تخل بمبدإ المساواة. ونحن لا نصل إلى هذا الحد، وسيكون تفصيل رأينا فى موضعه عند دراسة العقوبات، لكننا نبادر للقول بأن رأينا هو أن الدية المفروضة شرعا هى الحد الأدنى الثابت الذى لا يجوز النزول عنه لأنها بمثابة عقوبة تجب فيها المساواة، لكن ذلك لايمنع فى نظرنا أن يضاف إليها تعويض إذا لم تكن كافية فى نظر القاضى للتعويض عن الضرر الذى أحدثته الجريمة، وذلك تطبيقا لمبدإ شرعى أساسى هو أنه "لا ضرر ولا ضرار".

والتفاوت فى مقدار التعويض ليس معناه الإخلال بالمساواة طالما أن معياره تقدير الضرر، ومقدار الضرر لا مانع شرعا أن يراعى فيه المركز الاجتماعى أو المالى للطرفين. فالضرر الذي يصيب تاجرا ناجحا غنيا من التشهير به أكبر بكثير من الضرر الذى يصيب معدما لا يملك إلا عمله أو جهده.

ونشير بالذات إلى أننا نؤيد ترجيحه لمذهب الإمام أبى حنيفة[1] فى وجوب المساواة بين المسلم وغيره فى القصاص، لأن البشر متساوون فى حقهم فى حرمة حياتهم وسلامة أبدانهم وأعراضهم ... وهذا هو ما يستقيم مع عموم النص. ونرجح رأي أبى حنيفة فيما يتعلق بعدم تطبيق حد الرجم على الزانى المحصن على الذميين، وسبب ذلك أن لنا رأيا فى هذا الحد ونؤيد القائلين بعدم وجوبه بالنسبة للمسلمين أيضا، كما أن رأينا فى عقوبة القذف أنها التعزير فى الأصل بالنسبة للجميع، أما الحد فخاص بقذف المحصنات بنسبة الزنا إليهن . وعلى العموم، فإننا نعارض كل استثناء على مبدإ المساواة بين الناس جميعا فى العقوبة لأننا نرى أنه مبدأ عام لا استثناء فيه، وهذا هو ما يؤكده فقيهنا فى النهاية[2] .

(1) البند (245) .

(2) البند (246) .

١٤٤ - ميزة للشريعة : ويترتب على التفرقة فى تطبيق نصوص الشريعة بين المسلمين والذميين أن تكون الجرائم فى الشريعة قسمين : قسم عام يعاقب على إتيانه كل المقيمين فى دار الإسلام، وقسم خاص يعاقب على إتيانه المسلمون دون غيرهم، ولا يمكن أن يقع إلا منهم، وأساس هذا القسم هو الدين.

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة - على ما أعلم - قانون واحد لم يسلك مسلك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عامّا يقع من كل الرعايا، وبعضها خاصا يقع من بعض الرعايا فقط، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين.

وقد اضطرت الشريعة الإسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة، وتوفير حرية الاعتقاد، والمحافظة على النظام، وأساس النظام فى الشريعة هو الإسلام. أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعيها على سلوك هذا الطريق، لأن القوانين تجرد عادة من كل ما له مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم، ويكتفى فيها بتحريم ما يمس علاقات الأفراد المادية، أو يمس الأمن، أو نظام الحكم. وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد الأخلاق، وشيوع الفوضى، والتحلل من كل القيود، وأوجدت فى الجماهير روح التمرد، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها، فكثرت الثورات والانقلابات، وصارت النظم تتغير يوما بعد يوم، وكل نظام يلاقى مصير النظام الذى سبقه.

ولقد أوقع المشرعين الوضعيين فى هذا الخطإ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا المساواة، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا إلا أن يجردوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان، فأدى بهم هذا التطبيق السيىء إلى هذه النتائج المحزنة. ولو أنهم أخذوا بطريقة الشريعة الإسلامية لضمنوا تحقيق ماشاءوا من مبادئ، ولمنعوا من وقوع هذه المساوئ.

ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت إلى ماقبل الثورة الفرنسية تقوم على أساس دينى يراعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده، لا مذاهب المحكومين جميعا وعقائدهم، بحيث كان المخالفون فى العقيدة يحملون حملا بسطوة القانون على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشحناء والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد، وإراقة الدماء وتعدد المذابح، مما كان له رد فعل قوى حمل المشرعين على أن يعالجوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان، ولكن هذا العلاج أدى إلى نتائج لا تقل سوءا كما رأينا، ولا أظن أن هناك علاجا موفقا كالعلاج الذى ارتأته الشريعة، فإنه يؤدى إلى الأخذ بمبدأى المساواة وحرية الاعتقاد، كما يؤدى فى الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم الأخلاقية والروحية، وهى الأساس الأول فى احترام الشرائع والقوانين.

عوده

ويجب ألا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاها يخالف الإسلام، وأن الدين الإسلامي يُعَدّ النظام الأساسي للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد. وبكل ما يوجبه ويحرمه، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه؛ لأن الأخذ ببعضه، وترك بعضه هدم له. وقد فهم أصحاب الرسول (ﷺ) هذا الوضع حق الفهم، فحاربوا مانعى الزكاة-٣٩٥- بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين؛ مع أن المسلمين كانوا فى أشد الحاجة إلى المسالمة فى هذا الوقت العصيب الذى انتفضت فيه شبه جزيرة العرب كلها من المسلمين-٣٩٦- .

فالشريعة إذن لا يمكن بأى حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية، لأنها تقوم على النظام الإسلامى، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والمحافظة على مقوماته، فلا بد أن تحرم كل ما يمس وتعاقب عليه .

ولا يصح أن يُعَدّ هذا عيبا فى الشريعة الإسلامية، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض. فكل نظام له أسسه التى يقوم عليها، ومقوماته التى لا يستمر بغيرها، ولا يمكن أن يقوم أى نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أسسه، وتجوهلت مقوماته. فالديمقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة، والنازية لها أسس معينة، ومقومات خاصة، والشيوعية لها أسس معينة، ومقومات خاصة. وكل نظام من هذه الأنظمة تختلف أسسه ومقوماته اختلافا ظاهرا عن أسس النظام الآخر ومقوماته، ولا يمكن أن يعيش أى نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أسسه، أو تجوهلت بعض مقوماته؛ لأن هذه الأسس والمقومات وجود وعاش، وتميز عن غيره من الأنظمة. ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الأنظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام، أو يهدم مقوماته، فلا عيب إذن على الشريعة إذا عاقبت

الصدر تعليق "رقم-٣٩٥-": إنما يحارب مانعو الزكاة إذا أنكروا وجوبها أو امتنعوا من إخراجها، أما إذا منعوها عن الدولة التى تطالبهم بها لاعتقادهم بعدم مشروعيتها وإنما قسموها بأنفسهم كما هو الحال فى مانعى الزكاة بعد النبى (ﷺ) فلا تجوز محاربتهم .

الصدر تعليق"رقم-٣٩٦-": لم يثبت التاريخ إلا انتفاض بعض أطراف الجزيرة لا جميعها على المسلمين.

الشاوى رأينا فى "التعليقين رقمى-٣٩٥-،-٣٩٦-": يدهشنا إصراره على نقد موقف أبى بكر الصديق ممن منعوا الزكاة – الذى يخالف فيه الثابت تاريخيا – ونرجو أن يكون ذلك رأيا شخصيا له ولاينسبه إلى المذهب الجعفرى .

عوده كل ما يسمى النظام الذى قامت عليه؛ لأن ماتفعله الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والنماء والاستقرار. وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشيء؛ لأنه يرجع إلى تغاير النظم واختلاف طبائعها. وما دامت اتجاهات النظم مختلفة، وطبائعها مختلفة، فلا يمكن أن تتفق فيما تحل وفيما تحرم. والأمثلة على ذلك بارزة فى الأنظمة الوضعية. فالشيوعية مثلا تعاقب على الدعوة للنازية والديمقراطية، والنازية تعاقب على الدعوة للديمقراطية والشيوعية، والديمقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما، والملكية الفردية مباحة إلى غير حد فى البلاد الديمقراطية، ولكنها جريمة فى البلاد الشيوعية. فاختلاف الأفعال المحرمة فى النظم لا يمكن أن يكون عيبا بذاته؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم، ولا بعمومه وخصوصه، وإنما يقاس بما يؤدى إليه من إسعاد الجماعة، ورقيها وتفوقها، ونشر العدل والمساواة والتراحم بين أفرادها.

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة فى الشريعة الإسلامية لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها، وهى أن الشريعة نصت على أفعال معينة وعَدَّتها جرائم، وأوجبت العقوبات عليها، ولم تجعل لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة فى بعض هذه الجرائم، وهى الحدود والقصاص، وجعلت له حق العفو عن الجريمة-٣٩٧- أو العقوبة فى بعضها الآخر، وهى جرائم التعازير. كذلك ترك لولى الأمر أن يحرم كل الأفعال التى تقتضى مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها-٣٩٨-، وأهم هذه الأفعال هى الأفعال التى تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة، فإن رأى ولى الأمر أن المصلحة تقتضى تحريم فعل معين حرمه-٣٩٩- وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية. وحق ولى الأمر فى التحريم والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام، أى : النظام الإسلامى، وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الأساس الدينى البحت لاخيار فى العقاب عليها، لأن الجريمة إن كانت حدّا فلا محيص من العقاب عليها، وإن كانت الجريمة تعزيرا فإن العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام الإسلامى،

المصدر تعليق "رقم-٣٩٧-": مر علينا قريبا أنه لا معنى لعفو ولى الأمر عن الجريمة إلا إباحتها، ولا يحق لولى الأمر أن يبيح ماحرمه الله .

المصدر تعليق "رقم-٣٩٨-": أى المنع عنها فى زمان خاص ووفق ماتقتضيه المصلحة الإلزامية وليس له أن يحرم شيئا تحريما مطلقا ما لم يكن مستندا إلى دليل شرعى .

المصدر تعليق "رقم-٣٩٩-": بالمعنى الذى مر علينا قريبا .

<عوده> ولاشك فى أن العفو فى كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام-٤٠٠- .
كذلك فإن ولى الأمر ملزم بتحريم-٤٠١- كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه، فسلطان ولى الأمر فى التحريم وعدم التحريم-٤٠٢- والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الإسلامى، وليس لولى الأمر ولا لأى مصلحة أخرى. والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامى دون غيره، وما كان مقررا لمصلحة نظام ما، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام، ولا يصح أن يتهاون فى شأنه القائمون على أمر هذا النظام، ولا ضير فى أن تخالف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى العقاب على الجرائم الدينية، فإن الخلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم، كما لم يثن الشيوعيين عن تحبيذ الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة، مع أنها تخالف كل نظام وضعى أو سماوى وجد على وجه الأرض حتى اليوم، كما أنها لا تتفق مع طبائع الأشياء.
ولقد قلنا : إن الشريعة الإسلامية تقسم الجرائم إلى جرائم عامة تقع من كل الرعايا، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين. وقلنا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية فى اتجاهها الحديث، وإن كانت لاتجعل أساس التفرقة الدين. وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات، كالنصوص التى تنطبق على القضاة دون غيرهم، أو على المحامين أو الأطباء. وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالا معينة، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة. وتحريم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال المحرمة عليه دون غيره.
ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة إلى أن تأخذ بالنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرنا لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام .

الصدر تعليق "رقم-٤٠٠-": ولكن قد تقتضى المصلحة الإسلامية مخالفة هذا النظام فى بعض الأحوال.
الصدر تعليق "رقم-٤٠١-": بالمعنى الذى ذكرناه آنفا .
الصدر تعليق "رقم-٤٠٢-": أى فى المنع عنه وعدم المنع عنه كما مر علينا قريبا.
الشاوى رأينا فى تعليق "رقم-٤٠٢-": تراجع الحاشية .

إننا لا نوافق على قياس المبادئ والنظريات الإسلامية على النظم السياسية القديمة أو الحديثة، ولا نرى داعيا للاستشهاد بما توصلت إليه بعض النظم السياسية "العصرية" لتدعيم رأى أو حكم أو مبدأ إسلامى أو إثبات تقدمه وتفوقه.

إن ما قاله عن اتجاه النظم السياسية (الاشتراكية أو الديمقراطية أو النازية) إلى فرض عقوبات جنائية "وضعية" لحماية ما تَعُدّه نظاما عامّا للدولة – لايجوز أن تكون له علاقة بالنظريات الشرعية الإسلامية ذات الطابع الإنسانى الذى يتجاوز المذاهب والنظم السياسية ولو سميت بأنها عصرية.

ومن أهم هذه النظريات الإسلامية، مبدأ المساواة الإنسانية التى أكدها رسولنا الكريم فى حجة الوداع بقوله (ما معناه) "أيها الناس إن أباكم واحد وإن إلهكم واحد". ومعنى ذلك أنه لا فضل ولا تفاضل بين الناس باللون أو الجنس أو أى صفة إنسانية أخرى...

إنه أشار مرارا إلى عالمية الشريعة، ويقصد بذلك أن مبادئها إنسانية عالمية وليست لصالح شعب يتميز عن غيره. فالقرآن لم يصف المسلمين بأنهم شعب الله المختار كما تدعى ذلك أمم أخرى، بل وصفهم بأنهم أمة وسط تتصل بجميع أطراف العالم وعناصره وأممه لتبلغهم دعوة الحق وتشهد عليهم بذلك كما شهد علينا رسولنا الكريم.

معنى ذلك فى نظرنا أن شريعتنا لا تنتسب لدولة معينة ولا نظام سياسى معين، ولا تنتسب لها أى دولة إلا بقدر ما تلتزم بأحكامها وتنفذها. وهذا القدر من الالتزام يختلف كما هو واضح فى تاريخنا، إذ لم يكن التزاما كاملا قط بعد عهد الرسول وخلفائه الراشدين، ومع ذلك فإن تلك الدول وصفت نفسها بأنها إسلامية وما زالت توصف بذلك، وسجل التاريخ ذلك. وما زال عصرنا يشهد دولا عديدة تدَّعى هذه الصفة، لكن ليس معنى ذلك القول بأن نظامها هو الإسلام دون غيره ولا أنه هو الإسلام الكامل.

وحتى لو انتسب نظام معين للإسلام، فليس معنى ذلك أن ينسب الإسلام إليه أو يتجسد فيه أو أنه يحتكر هذا الوصف دون غيره، لأن شريعتنا وضعت مبادئ ونظريات يمكن أن تقام عليها نظم متنوعة ومتعددة بل ومختلفة ومتغيرة، ويمكن أن توصف كلها بأنها إسلامية رغم اختلافها.

لهذا السبب، فإننا لا نقر قياس مبادئ الإسلام على أى نظام سياسى، مثل النظم العصرية التى رفعت شعارات الاشتراكية أو الفاشية أو الديمقراطية، بل إن النظم التى تنتسب للإسلام لا نعترف لها بهذه الصفة إلا بقدر ما تلتزم به من مبادئ شريعتنا وأصولها

المسيطرين من حكام الجور :

وأحكامها، وهذا أمر تختلف فيه الآراء خصوصا أن هناك مذاهب متنوعة ومتعددة فى شريعتنا، وكثيرا ما تعلن الدولة التي توصف بأنها إسلامية، أنها تلتزم بأحد تلك المذاهب دون غيره وهنا تكون الدولة مذهبية بهذا المعنى، فهى دولة شيعية أو سنية أو زيدية ... إلخ.

وعلى العموم، لا يجوز الادعاء بأن أحد هذه النظم هو الإسلام وحده أو أنه يحتكر الانتساب إلى الإسلام، وأن النظم التي تخالفه إنما تخالف الإسلام الذى هو أوسع من أى نظام ينتسب إليه .

نحن نُصر على أن الإسلام وشريعته عبارة عن مجموعة من العقائد والقيم والمبادئ الإنسانية وليس نظاما معينا – ولايصح قياسه على النظم السياسية المختلفة سواء كانت تنتسب للإسلام أو تُعَدّ أجنبية عنه أو حتى معادية له .

وإذا كانت الدول العصرية التي ترفع شعار فلسفة وضعية (ماركسية أو فاشية أو ديمقراطية) تعطى نفسها الحق فى أن تفرض عقوبات جنائية لحماية ما تسميه "النظام العام"، فلا نرى من الصواب أن نقيس أحكام الإسلام بهذا القياس، ونصف بعض الأحكام الشرعية بأنها تحمى النظام العام، لأن ما يسمى النظام العام ينسب عادة للدولة، والإسلام أوسع نطاقا من الدولة أيا كانت صفتها كما بينا، حتى ولو أعلنت أنها دولة "إسلامية" .

إننا نفضل عرض مبادئ شريعتنا على أنها إنسانية لا تخص شعبا معينا، حتى إن شريعتنا قد اتسعت لأحكام الطوائف غير الإسلامية التي تستظل بمبادئ شريعتنا وتعترف بسيادتها التي تحمى معتقداتها وعباداتها حتى ولو كانت تخالف بعض أحكام شريعتنا المطبقة على المسلمين. فشريعتنا ذات طبيعة عالمية أو إنسانية، وليست قومية ولا طائفية .

إن التشريع الجنائي –سواء كان إسلاميا أم لا– هو تشريع اجتماعى بمعنى أن هدفه وغايته يفترض أنها لحماية مصلحة الجماعة، ولا مبرر لتوقيع عقوبة جنائية على الفرد إلا إذا كان ذلك لمصلحة الجماعة وأمنها وسلامتها لا لمصلحة نظام سياسى معين أيا كانت صفته أو شعاراته .

ومع ذلك، فهناك أمران لا بد من الإشارة إليهما :

الأول : أن الشريعة الإلهية عندما تفرض أحكاما تشريعية، سواء كانت جنائية أم لا، إنما يكون مقصدها من ذلك هو مصلحة الجماعة ... لا مصلحة "الدولة" ونظامها السياسى، لأن الدولة ليست هى الجماعة ولا الأمة، وإن ادعت أنها تمثلها .

يمكننا القول بأن الأحكام الشرعية كلها، بما فيها ما يفرض عقوبات جنائية، إذا وصفت بأنها تشريع إلهى فإن ذلك لا يعنى أنها ليست تشريعا اجتماعيا لمصلحة الجماعة، وإن وصفت بأنها أحكام دينية .

❁ جميع الأحكام الشرعية لها طابع ديني واجتماعي في الوقت نفسه:

لذلك لا نرى مسوِّغًا للإشارة إلى ما يَعُدّه "جرائم ذات الأساس الديني" أو ما يسميه "جرائم دينية"، لأن جميع الجرائم والعقوبات في شريعتنا هي اجتماعية لصالح المجتمع – وهي كذلك يمكن أن توصف بأنها كلها دينية لأن أحكامها مستمدة من شريعتنا الدينية ومنسوبة إلى مصادرها الإلهية.

وقد سبق أن قلنا إن فرض عقوبات مقدرة على مرتكبي بعض الأفعال يرجع إلى خطورتها على المجتمع وتهديدها لأركانه الأساسية، ولذلك فلا نوافق على وصفها بأنها مقررة لصالح "النظام الإسلامي" دون غيره، ولا مبرر لقياسها على ما تفرضه الدول الشيوعية أو غيرها لحماية نظامها السياسي... أو نظام الدولة – فالدولة شيء والمجتمع شيء آخر.

كل ما هنالك أنه يلاحظ أن بعض الجرائم الخطيرة على أمن الجماعة حددت لها النصوص الشرعية عقوباتها، وفرضتها كلما توافرت شروط تسوِّغ تلك العقوبات التي توصف بأنها حدود أو قصاص. ولهذا السبب، يرى هو عَدَّها دينية. لكن ليس معنى ذلك أنها ليست اجتماعية، وإذا كان لها أساس ديني فليس معنى ذلك أن الجرائم الأخرى ليس لها هذا الأساس.

فيما يخص "الأساس الديني"، فنحن نرى أنه يتوافر في جميع العقوبات الشرعية التي تجيزها الشريعة حتى ولو كانت تعازير. كل ما هنالك أنها تسمَّى كذلك ولم تفرض لها حدود أو عقوبات مقدرة لأن مصلحة الجماعة تستوجب أن يكون الهدف الأول من فرضها هو للتأديب والتهذيب، وأن تترك تقدير ما يلزم لذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، في حين أن العقوبات الحدية أو القصاص غرضها الأول هو الزجر والتخويف، وهو لمصلحة الجماعة كما أن التأديب والتهذيب لمصلحتها أيضا، كل ما هنالك أن هذا المقصد الشرعي الأخير رأى الشارع الحكيم أنه من الأولى أن يترك للقاضي أو أولياء الأمر قدرا أكبر من الحرية والمرونة ليحدد الجرائم والعقوبات حسبما تقتضيه ظروف الزمان والمكان وظروف الشخص الذي ارتكب الفعل. وهذه السلطة التقديرية التي فوضها المشرع الإلهي لأولى الأمر من مجتهدين وقضاة لا تغير طبيعة الجريمة ولا العقوبة بحسبانها ضرورية لصالح المجتمع، بل ولا تقطع صلتها بالمصدر الإلهي للشريعة، لأن أولى الأمر إنما يستمدون ولايتهم وتقديرهم للجريمة والجزاء في هذا الصدد من المصادر أو النصوص الدينية ذاتها وما يبنى عليها من نظريات تشريعية، فلا يجوز في نظرنا أن يكون ذلك مسوِّغًا لوصفها بأنها ليست ذات أساس ديني.

❁ دور رئيس الدولة أنه رمز لجميع السلطات التي يجب الفصل بينها لمنع الحكم الشمولي :

إننا لانقر القول بأن جرائم الحدود والقصاص هي وحدها جرائم دينية، أو أنها هي التي قررت لمصلحة ما يسميه "النظام الإسلامي"، ونفضل الإشارة إلى "المجتمع الإسلامي"، – لأن التعازير هي أيضا لمصلحة هذا المجتمع الإنساني العادل الذى تُسَنّ أحكام شريعتنا كلها لصالحه مهما اختلفت صور نطاقه أو تنوعت .

إن تسامح شريعتنا مع الأديان الأخرى التي يدخل معتنقوها في المجتمع الإسلامي اقتضى إعفاءهم من العقاب على أفعال يعاقب عليها المسلم، وهو ميزة لشريعتنا التي جعلت المجتمع الإسلامي مفتوحا للديانات الأخرى ومتعدد الأديان. وكل ما اختصت به أصحاب الديانات الأخرى هو امتيازات لصالحهم بإعفائهم من الأحكام الجنائية التي تتعارض مع عقيدتهم، وذلك لا يحتاج في تسويغه إلى قياس مبادئنا على النظم السياسية الوضعية التي أشار إليها .

مرة أخرى، لا بد أن نشير إلى أننا نفضل عدم استخدام اصطلاح "ولي الأمر" –الذى يفهم منه البعض أنه "رئيس الدولة"– لأننا قلنا إن المقصود بأولياء الأمر في كل ما يتعلق بالشريعة هم المجتهدون والقضاة المجتهدون أيضا، ولذلك فقد سبق أن قلنا إن العفو بجميع صوره هو من اختصاص المجلس الأعلى للقضاء أو للفقه. وإذا كان الأمر يصدر بتوقيع رئيس الدولة، فلا يكون ذلك إلا بناء على قرار هذا المجلس بحسبانه منفذا للقرار القضائي أو الاجتهادى .

إن رئيس الدولة في عصرنا له دور رمزى يمثل وحدة الأمة، ولكن ليس معنى ذلك أن يمارس سلطة شاملة تجمع الاختصاصات التشريعية مع الشئون السياسية والتنفيذية أو القضائية، ويجب توزيع هذه الاختصاصات والفصل بين السلطات لمنع الحكم الشمولي الذى يؤدى إلى الطغيان والجور .

عوده ٢٤٥ - هل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ :

القاعدة في الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها. وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التي بيناها فيما سبق، فإن الشريعة لا تخص فئة بعقوبة دون فئة .

والعقوبات في الحدود مقدرة، أي عقوبات ذات حد واحد لا تزيد ولا تنقص، وليس للقاضي أن يستبدل بها عقوبات أخرى. والعقوبات في جرائم القصاص مقدرة أيضا، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى إذا عفا المجني عليه أو وليه، أو كان مانع شرعي من العقوبة، وليس للقاضي حق الاستبدال، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البدلية. أما عقوبات التعزير، فهي ذات حدين غالبا، وتقدير العقوبة متروك للقاضي-٤٠٣- ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى، بحسب ما يرى من ظروف الجريمة وظروف الجاني .

وظاهر لما سبق أن طبيعة العقوبات في الشريعة لاتسمح بالتفريق في العقوبة بين فرد وفرد، ولامسلم وغير مسلم، وأن لكل جريمة عقوبتها، فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلما أو غير مسلم .

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التي يجب توافرها في الجاني أو المجني عليه؛ ليستحق الجاني العقوبة المقررة لهذه الجرائم. وهذا الخلاف قد يدعو غير الملم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق في العقوبة بين المسلم وغير المسلم.

والجرائم المختلف عليها هي على وجه التحديد ثلاث: القتل العمد، والزنا، والقذف.

فأما القتل العمد، فعقوبته في الشريعة هي القصاص، ولكن مالكا والشافعي وأحمد لايجيزون القصاص من المسلم إذا قتل الذمي، وحجتهم ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ألا لايقتل مسلم بكافر". أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذمي؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لاعهد له-٤٠٤- فلا ينطبق على الذمي لأنه

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٣-": فيختار مايكون رادعا للمجرم عن العود إلى جريمته ومانعا لغيره من اقتفاء أثره .

[الشاوي] رأينا في تعليق "رقم-٤٠٣-": أن الذى يختار في عصرنا الحالي هو المقنن، أى أهل الاجتهاد.

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٤-": هذا التفسير مخالف لإطلاق الرواية ولايتنافى عدم قتل المسلم بالكافر بالمساواة المدعاة، لأن الكافر لايحق له السكنى في بلد المسلمين ولا طلب الحماية منهم إلا بعد الالتزام بشرائط الذمة وأحكام الإسلام، ومن جملتها أن المسلمين يحافظون على حياته ويؤدبون قاتله ويأخذون منه الدية ولكن لايقتلون قاتله إذا كان مسلما. ولما كان قد أقدم على السكنى في بلاد المسلمين ملتزما بجميع ما ذكرنا مختارا غير مجبر عليه، فليس له الحق في أن يطالب بالقصاص من قاتله إذا كان مسلما .

[الشاوي] رأينا في تعليق "رقم-٤٠٤-": لانوافق على اعتراضه على مذهب أبي حنيفة الذى أيده فقيهنا في الصلب، لأنه يتفق مع المساواة في الإنسانية، وهو أصل عام في شريعتنا .

‹عوده› ذو عهد، ويتمسك بعموم النص الذى جعل القصاص عقوبة لكل قتل. فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف فى تفسير نص، ولاشك فى أن التفسير الذى يسوى بين المسلم والذمى هو التفسير الذى يستقيم مع عموم النص-٤٠٥- ومع التسوية بين الاثنين فى الجرائم عامة .

وفى الزنا لاخلاف على عقاب الزانى غير المحصن. فالمسلم غير المحصن والذمى غير المحصن عقوبتهما واحدة وهى الجلد، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الزانى المحصن، فرأى أبو حنيفة أن الذمى لايمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزانى المحصن، وحجته أن من شروط الإحصان الإسلام فلا يمكن عَدُّ الذمى محصنا؛ ولذلك فعقوبته فى كل الأحوال الجلد. أما المسلم المحصن فعقوبته الرجم. ورأى مالك والشافعى وأحمد أن الإسلام ليس شرطا فى الإحصان-٤٠٦-، ومن ثم فالذمى المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم. فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الإحصان.

والقذف من أركانه الإحصان لقوله تعالى: ﴿والذين يرمُون المحصَنات﴾[النور:٤]، فإذا فسر لفظ الإحصان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير-٤٠٧- أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهى الجلد ثمانين جلدة، ويعاقب قاذف الذمى بالتعزير، والتعزير قد يكون جلدا أو حبسا أو غير ذلك، وقد يكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها-٤٠٨-.

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٥-": لابد من رفع اليد عن عموم مادل على الاقتصاص بالخبر المذكور ونظائره لكونها أخص منه فتكون مفسرة له وتخصيصه بغير المسلم إذا قتل الكافر ولايصح رفع اليد عن ظاهره للمحافظة على عموم العام.

ولكن هذه الأدلة الخاصة بانه لايقتل مسلم بكافر أيضا مخصصة بما إذا لم يعتد قتل أهل الذمة وإلا فيقتل كما يذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الجعفرى، ويستندون فى ذلك إلى رواية إسماعيل بن الفضل عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) الحاكمة بوجوب قتل من يعتاد قتل أهل الذمة.

[الشاوى] رأينا فى تعليق "رقم-٤٠٥-": يراجع رأينا على التعليق السابق.

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٦-": وإلى هذا الرأى ذهب فقهاء المذهب الجعفرى لعدم دليل على اشتراط الإحصان بالإسلام.

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٧-": بل وحتى لو أنكرنا كون الإسلام من شروط الإحصان، فلا يحد من يقذف كافرا، لخبر إسماعيل بن الفضل عن الإمام جعفر محمد الصادق (ع) وغيره من الأخبار.

[الشاوى] رأينا على "التعليقين-٤٠٦-،-٤٠٧-": تراجع الحاشية.

[الصدر] تعليق "رقم-٤٠٨-": الذى يذهب إليه كثير من علماء المسلمين أن التعزير ينبغى ألاّ يصل إلى مقدار الحد .

(عودة) وظاهر من مقارنة النتائج فى هذه الجرائم الثلاث أن الأمر لايسير على نهج واحد، ولاينتهى بنتائج واحدة. فإذا كانت النتيجة فى القتل تخفيف عقوبة المسلم، فقد كانت فى الزنا تخفيف عقوبة الذمى-٤٠٩-، وتشديد عقوبة المسلم. أما فى القذف فقد تكون النتيجة فى صالح الذمى وقد تكون ضده-٤١٠-. وهذه النتائج التى تنتهى إليها آراء الفقهاء تكفى بذاتها لدفع مايمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم فى العقوبة، كما أن هذه النتائج تؤيد ماقلناه: من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها، ولاترجع إلى أن الشريعة تميز فريقا على فريق .

٢٤٦ـ *مبدأ الشريعة فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص* :- ويتضح لما سبق أن نصوص الشريعة تسرى على كل الأشخاص، ولايعفى منها أى شخص مهما كان مركزه أو ماله أو جاهه أو صفاته، وأن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر حدوده ولاتسمح بتمييز شخص على شخص، أو هيئة على هيئة، أو فريق على فريق.

هذه هى نظرية المساواة فى الشريعة الإسلامية، وهذا هو تطبيقها فى سريان النصوص الجنائية. ولاشك فى أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية فى هذا الوجه، فالقوانين على مااستحدثت لها من نظريات لاتزال أدنى مستوى من الشريعة، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التى عقدناها أن يقول : إن نظرية المساواة بلغت فى الشريعة درجة الكمال المطلق، ولكنها فى القانون لاتزال كالطفل الذى يحسن أن يحبو ولايستطيع أن يقف على قدميه .

الصادر تعليق "رقم-٤٠٩-": مر عليك سابقا النظر فى ذلك .

الصادر تعليق "رقم-٤١٠-": بناءً على إمكان أن يكون التعزير بقدر الحد وأقل وأكثر، وقد تقدم الكلام فى ذلك قريبا .

الشاوى رأينا على التعليقين-٤٠٩-، -٤١٠-": تراجع الحاشية .

إشارته إلى اختلافات الفقهاء بشأن تطبيق العقوبات توجب علينا أن نرجح الرأى الذى يسوى بين جميع البشر فيما يتعلق بالعقوبات سواء الحدود أو التعازير، تطبيقا لمبدإ المساواة الإنسانية الذى ختم بحثه بتأكيد أن الشريعة تطبقه إلى آخر الحدود، وأنها لذلك تبلغ درجة من الكمال المطلق، فلا يجوز التفرقة بين الأفراد فى مقدارها بسبب انتمائهم للإسلام؛ فإن رسولنا (ﷺ) عندما اعترض البعض على وقوفه احتراما للجنازة يهودى، قال لهم "أليست نفسا؟"... ومعنى ذلك أن الحقوق الإنسانية مقررة للناس كافة بحكم إنسانيتهم ولها حرمة لجميع النفوس دون استثناء .

وما أورده من آراء ترجح التفرقة بين المسلم وغير المسلم فيما يتعلق ببعض الحدود أو القصاص – (القتل – العمد – الزنا – القذف) فنحن نرجح الرأى – المنسوب لأبى حنيفة كما أشرنا من قبل، لأنه هو الذى يطبق مبدأ المساواة الإنسانية كما بينا من قبل .

ونؤيد فى النهاية ما قاله بنفى أى ادعاء بتمييز المسلم على غير المسلم فى العقوبات أو الحدود – ونرى أن هذا المبدأ يوجب استبعاد أى رأى يخل بالمساواة حتى ولو كان فقيهنا أو غيره من الفقهاء يرجحه .

كما نؤيد ما ختم به هذا الفصل قائلا إن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر مدى لها، وقوله إن نظرية المساواة تبلغ فى شريعتنا درجة الكمال المطلق – ونتمنى أن يتخذه القارئ نبراسا وأساسا للترجيح بين آراء الفقهاء فى أى مسألة من مسائل التشريع الجنائى ...

ومن جانبنا فإننا نلتزم بذلك ... ولانرى داعيا للإضافة فى الأسباب التى تتخذ أساسا للتفرقة .

على أننا نرجح فى كثير من الأحيان تضييق نطاق العقوبات المقررة حدّا أو قصاصا – ولذلك فإن القول بعدم توقيع القصاص أو الحد لأى سبب معقول يكون راجحا فى نظرنا حتى ولو كان استثناء على مبدإ المساواة.

بحث إضافى

للدكتور / توفيق الشاوى

الأصول الشرعية تلى المصادر فى الأهمية
ودورها فى تجديد الفقه عموما والفقه الجنائى خاصة
وأساسها عالمية الرسالة الخاتمة وشمولها

****

(فهرس)

1) الأصول الشرعية .
2) أحكام الفروع كلها تلتزم بالأصول الشرعية (بما فيها أصول الفقه).
3) عبد القادر عوده سماها "نظريات شرعية .
4) التدرج من العقائد إلى الأصول ثم الفروع .
5) تشريعنا ليس قانونا، بل هو علم وفقه ينبع من العقيدة ويتفرع عنها .
6) تشريعنا الجنائى محوره الحساب والجزاء العادل والكامل فى الآخرة .
7) أول الأصول الشرعية هى وحدة الدين السماوى وأن رسالتنا هى الخاتمة .
8) الرسالة الخاتمة أهم خصائصها أنها للناس كافة وأنها شاملة لشئون الدنيا والآخرة.
9) أهمية ختم الرسالة عند شاعرنا إقبال .
10) معنى ختم الرسالة أن الإنسانية أعدت لتبلغ رشدها، ولذلك شرع الله لنا الاجتهاد والإجماع كمصدرين من مصادر الفقه فى شريعتنا .
11) الفصل بين الدين والدولة تحريف فى عقيدتنا وليس مجرد موقف سياسى.
12) تشريعنا الجنائى قانون للتوبة لا للعقوبات .
13) تشريع التوبة أغنانا عن الجدل حول الجبر وحرية الاختيار .
14) احتفالنا بختم الرسالة .

1 الأصول الشرعية :

أ – إن علم أصول الفقه هو جزء لا يتجزأ من الفقه. وإذا كان قد ظهر متأخرا عن "علم الفروع"، فذلك لأن الفروع كانت فى بداية الأمر كافية لبدء الحركة الفقهية ونموها.

وقد ظهر علم أصول الفقه بعد ذلك بقصد إعطاء الفقه مرونة وحيوية واتساعا. وخاصة لاستنباط الأحكام التى لم يرد فيها نص.

ب ويرغم أن علم الأصول ظهر متأخرا، فإنها حسب اسمها هى "الأصول"، أى أنه لا يمكن تطبيق الأحكام الشرعية بدون الاستناد إلى "الأصول الشرعية".

وهذا فى نظرنا لا يقتصر فقط على الأحكام الفرعية التى لم يرد بها نص صريح [وهى الأغلبية والأكثرية] إلا أن ذلك ينطبق قبل ذلك على الأحكام الفرعية التى ورد بها نص واضح وهى [قلة الأقلية] وإن بدا فى نظر البعض أنها مستقلة عن الأصول.

ج فى الحقيقة، فإن علم أصول الفقه قبل أولا على هذه الأحكام واستنبط من أجلها، ثم بعد ذلك لجأنا إليه لوضع شروط تطبيق النصوص الشرعية ولاستنباط الأحكام التى استحدثت دون أن يكون لها نص شرعى يرجع إليه، وهنا كان لا بد من التوسع فيها وتنميتها، فظهرت أهمية المقاصد الشرعية والمبادئ العامة والقواعد الفقهية.

الأصول تساعدنا فى استنباط الأحكام المستحدثة من النصوص والمبادئ الشرعية العامة التى ترشدنا إليها "الأحكام التكليفية" والمبادئ الدينية والأخلاقية والعقائد فوق كل ذلك.

د ولذلك فإن أحكام شريعتنا جميعها لا يمكن فصلها مطلقا عن مبادئ الأخلاق والقيم الدينية والعقيدية، وهذه من أهم الخصائص المميزة لفقهنا وشريعتنا بسبب مصادرها السماوية وطبيعتها الدينية.

* * *

2 جميع الأحكام الفرعية ملتزمة بالأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه التي هي جزء منها :

أ الأصل في نظر أن جميع الأحكام التفصيلية لا بد أن تكون محكومة بالمبادئ الأصولية الشرعية التي كانت بدايتها "علم أصول الفقه"، وهو ليس إلا مجرد بداية أدت إلى التعمق في مقاصد الشريعة ومبادئها العامة .

ولذلك، فإنه لا يجوز أن يفهم أن أحكام الفروع مستقلة أو منفصلة عن الأصول الشرعية إذا كانت مفروضة بنص صريح في الكتاب أو السنة الصحيحة، لأنه لا بد من استنباط شروط تطبيق كل حكم فرعي ورد به نص صريح واضح .

ب وإذا كان البعض يرجع إلى النصوص التي تقرر أحكاما فرعية مكتفيا بذلك، فقد كانت تلك مرحلة مؤقتة لا يمكن استمرارها بعد فتح باب علم الأصول. ولذلك رجع الفقهاء إلى أصول الفقه عندما اقتضت الظروف التوسع في الأحكام الفرعية وخاصة في المجالات التي لا توجد فيها نصوص خاصة بها .

ج في حالة وجود نص يقرر حكما شرعيا، فإنه حتى في هذه الحالة لا يمكن أن يطبق هذا النص دون الرجوع إلى أصول الفقه ومصادره العامة ومقاصد الشريعة ومبادئها التي تستمد منها أصول الشريعة ونظرياتها العامة التي تعين الفقهاء والأئمة على استنباط شروط تطبيق كل نص ولو كان واضحا وصريحا .

إن الرجوع إلى المصادر العامة كان هدف أصول الفقه، وهي الأحكام التي استنبطها الفقهاء لتحكم عملية استنباط الأحكام من النصوص الشرعية ولكنها لا تغني عن "الأصول الشرعية" والنظريات العامة .

* * *

د النصـــوص الســـماوية التى تُستَمَد منها الأحكام الشرعية ليست هى فقط النصـــوص الـــتى تقرر حكما فرعيا، بل إن الأصول الشرعية والنظريات التشريعية تهيمن عليها .

فالأمـــر بجلد الزانى أو القاذف، أو قطع يد السارق، هى أحكام شرعية فرعية ورد بها نص صريح، لكن تطبيقها يكون فى إطار الأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه .

وبرغم أن فقهاءنا طبقوا هذه النصوص تطبيقا مباشرا بحسبانها "نصا ملزما" فى الحكم واجـــب الاتـــباع، فـــإن الحقيقة أنه لا يجوز ولا يمكن تطبيقه إلا بالرجوع إلى المصدر الســـماوى عن طريق أحكام الأصول وقواعدها ومبادئها . فالأصول دائما تحكم الفروع حتى ولو بدا فى نظر البعض أنها كافية بذاتها وواضحة فى مفهومها .

إن أى اتجاه لفصل الأصول عن الفروع أو الفروع عن الأصول هو وهم خاطئ يجب استـــبعاده تماما، وإن إعطاء الأصول اسم "علم الأصول" ليتميز عن "علم الفروع" هو مجـــرد عملية مدرسية قصد بها الإشارة إلى تأخر البحث فى علم الأصول إلى وقت متأخر نتيـــجة لنمو الفقه ذاته وتأصله لتكون أحكامه متصلة دائما بالمصادر الشرعية، ولا يكون ذلك إلا عن طريق أصول الفقه والأصول الشرعية والنظريات التشريعية .

* * *

3 عبد القادر عوده سماها "نظريات شرعية" ونحن نَعُدّها "أصول الشريعة" :

لقد ظهر في بعض المجالات العلمية حوار جاد وجدال حول موضوع تجديد "علم أصول الفقه".

ولى في ذلك كلمة لا بد من أن أسجلها.

إن تجديد أصول الفقه وتوسيعها قد بدأ فعلا منذ بدأت النهضة الفقهية في العصر الحديث.

وفي رأيي أن عبد القادر عوده قد فتح بابا واسعا من أبواب تجديد الأصول وتوسيع نطاقها والاجتهاد في إطارها بما كتبه عن النظريات التشريعية.

والصحيح أنه التزم في كتابه بالاصطلاحات العصرية، ولذلك سَمَّى هذه الأصول الشرعية "نظريات شرعية". وأورد نماذج من هذه "النظريات" في التمهيد لدراسته في كتاب التشريع الجنائي.

وقد أشرت في حاشيتي إلى أنني أوافق على استعمال المصطلحات العصرية (الوضعية) في المرحلة الانتقالية الحاضرة من القوانين الوضعية إلى الفقه الإسلامي الذي أُصِرُّ على أن يكون مستقلا ومتميزا عن النظم الحالية الوضعية، وإذا كان لا بد من الاندماج فإن فقهنا هو الذي يستوعبها وليست هي التي تذيبه وتدخله في نطاقها.

ولذلك حذرت من المغالاة في استعمال هذه المصطلحات العصرية. والآن أعلن أنني أفضل تسمية هذه " النظريات الشرعية " بأنها "الأصول الشرعية".

وبذلك تكون هذه الأصول هي صورة أخرى مكملة لعلم أصول الفقه، بل إنني أعتقد أنها هي الأصل وأن أصول الفقه هي التي تُضَمّ إليها.

فلا يجوز في نظري مطلقا الفصل بين ما عرفه أسلافنا بأنه أصول الفقه عن هذه الأصول الشرعية، لأن هذه الأصول أو النظريات هي الحاكمة على علم الأصول وعلم الفروع معا، وهي الجامعة بينهما.

* * *

4 التدرج يبدأ بالعقائد أولا ثم الأصول ثم الفروع :

إن شريعتنا تتميز بكمالها، وهذا الكمال ناتج عن أنها لا تفصل بين العقائد والقيم الأخلاقية والأصول الشرعية للفقه (بما فيها علم الأصول) والأحكام الفرعية بعد ذلك.

إننا لا نقبل مطلقا فصل أى علم من هذه العلوم عن الآخر ولا استقلاله عنه. وفضلا عن ذلك، فهناك تدرج تنازلى فى ترتيبها.

أ فالأصل الأصيل هو العقيدة والمبادئ الدينية التى نَعُدُّها نحن أصولا شرعية لجميع فروع الفقه، ولا يمكن تطبيق أو استنباط أحكام الفقه إلا فى إطارها وعلى أساسها.

ب أهم من ذلك أن هذا المبدأ التدرجى يشمل أيضا الأحكام الفرعية المنصوص عليها صراحة فى الكتاب أو السنة الصحيحة. ووجود النص ووضوحه لا يبرر مطلقا تجاهل ما تقضى به ما نسميه فقيدنا " النظريات الشرعية " التى نسميها نحن أصولا شرعية.

ج فالأصول الشرعية (التى تشمل المبادئ العامة والقيم الأساسية الدينية والأخلاقية) تأتى مباشرة فى الترتيب بعد العقائد، ولذلك تحكم كل ما هو دونها من فروع الفقه والأحكام التفصيلية وتهيمن عليه ولا يمكن ولا يجوز أن تطبق منفصلة عنها.

هذا هو الترتيب الذى نراه وننبه إليه. وأهم منه وجوب التلازم وعدم الانفصال بين جميع هذه الطبقات الثلاث وعدم فصل أحدها عن الآخر، لأن هذا الفصل مهما تكن أسبابه فقد يؤدى إلى ما يحذر منه فقهاؤنا وما يؤكدونه دائما من استقرار أئمتنا على إدانة الذين يؤمنون ببعض الكتاب ويكفرون بالآخر. فالكتاب والشريعة كلها وحدة واحدة، وكل ما يقال عن تقسيمات وتفريعات داخلية إنما هى عملية مدرسية لتسهيل البحث والحوار.

فى حاشيتنا قلنا إن بحث مصادر التشريع يدخل فى نطاق علم الأصول، ومع ذلك فقد توسع فقيهنا فيه ولم أشأ التوسع فى عرض رأينا فى ذلك الموضع، وقصدنا من ذلك تحديد نطاق البحث فى دراسة الأحكام الجنائية تسهيلا لمهمة الباحث.

– والآن لا بد أن نذكر القارئ بوجهة نظرنا فيما يتعلق بالأصول الشرعية وعلاقتها بأصول الفقه وعلاقتهما معا بالمصادر الشرعية فى القمة وبالأحكام الشرعية الفرعية التى تستنبط من خلالها بعد ذلك.

– إن شريعتنا تتميز بأنها علم وفقه، وليست مجرد نصوص كالقوانين الوضعية.

* * *

5 تشريعنا علم وفقه وليس قانونا :

– لقد أعجبني أن عبد القادر عوده قد اختار لعنوان كتابه اسم التشريع الجنائي الإسلامي، فلم يستعمل كلمة القانون الجنائي .

– وأنا أَعُدُّ ذلك لمحة عبقرية .

– وعلى كل، فإني فضلت عنوان "الفقه الجنائي" .

– إنني أكدت فيما مضى مرارا على أن شريعتنا لا يجوز وصفها بأنها قانون – كما يصفها بعض المستشرقين وتلاميذهم وكثير من المعاصرين نجد أنها في نظرهم هي البديل الإسلامي لقوانينهم .

– صحيح أنها بديل في نظرنا، ولكنها بديل جوهري متميز يختلف في طبيعته وجوهره عن "القوانين" من أي نوع كان .

– لذلك أحسن عبد القادر عوده بأن استعمل كلمة تشريع ولم يستعمل كلمة القانون.

– وقد قلت أكثر من ذلك: إن التشريع الذي نطبقه ونقننه هو "فقه"، وكلمة فقه تعني العلم، لكنه في نظرنا علم ينبع ويستمد خصائصه وحيويته من العقيدة السمحاء، عقيدة التوحيد والحساب في اليوم الآخر، ولها أهميتها في تميز فقهنا الجنائي عن القوانين الوضعية .

– إن من أهم عقائد الإسلام عقيدة البعث والنشور والحساب أمام الله يوم القيامة. ويكفي مراجعة آيات الكتاب الكريم لنعلم أن الإيمان بالله متلازم مع الإيمان باليوم الآخر (سورة البقرة وما بعدها) ...

* * *

6 تشريعنا الجنائى محوره الحساب والجزاء العادل والكامل فى الآخرة.

– فى نظرى أن عقيدة البعث والنشور والحساب يوم القيامة هى جوهر التشريع الجنائى الإسلامى، ودراسته ونظمه وأحكامه ومبادئه وأصوله (وفلسفته كما يقولون) كلها نابعة ومحكومة بهذه العقيدة وهذا الإيمان بالله واليوم الآخر.

– وتشريعنا وفقهنا فى جميع فروعه – محوره هذه العقيدة. وهذا أظهر وألزم وأوضح فى الفقه الجنائى أكثر من غيره من فروع الفقه.

– وهذا هو ما يميزه عن "القوانين" التى تعرفها الحضارات الأخرى، أو الديانات الأخرى.

– وهنا يجب أن نشير إلى أن من أهم أصول عقيدتنا وشريعتنا وحدة الدين السماوى، وأن رسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم هى الخاتمة، ولكل من هذين المبدأين أهميته فى فقهنا.

* * *

7 وحدة الدين السماوى وختم الرسالة من أهم عقائدنا وأصول شريعتنا :

صحيح أن دين الله الذى جاء به جميع الرسل واحد هو الإسلام لله والإيمان به، لكن رسالة الإسلام تميزت بأنها خاتم الرسالات .

ومعنى ذلك أن الله جعلها بداية مرحلة إنسانية جديدة ينقطع فيها الوحى، وتلتزم الإنسانية بأن تطبق شريعتها بحسب ما يصل له اجتهادها وإجماعها من "فقه" دون اتصال بخبر السماء أو الوحى، ودون حاجة لرسل آخرين ...

ثم إن كلمة فقه تعنى احتمال الصواب أو الخطإ .

ولذلك، فإن التعدد تعدد الآراء والمذاهب – مرتبط بحقيقة الفقه الذى شرعه الله لنا . فبقدر ما نؤكد على وحدة الشريعة الكاملة المتكاملة لا بد أن نذكر أنه يقابلها فى شريعتنا التعدد فى الفقه: مذاهبه وآرائه، بل وأحكامه أيضا .

فالأحكام ليست واحدة، بل متنوعة ومختلفة، وكلها صحيحة طالما أنها كلها مستنبطة من المصادر الشرعية والأصول الشرعية .

ولا تعـارض فى شريعتنا بين تعدد الأحكام واختلافها، وبين وحدة الدين والعقيدة والشريعة الكاملة المتكاملة الخاتمة .

* * *

إن وحــدة الديـــن السماوى أمر أساسى فى عقيدتنا، وقد أكدها القرآن فى مواضع عديدة، وأمرنا بأن نعلن إيماننا بما جاء به الرسل جميعا دون تمييز بينهم.

لكن تعدد الرسالات كان له فى نظرى سبب قدره الله، وهو فى رأيى اتجاهها جميعا إلى التدرج وإعداد الإنسانية للرسالة الخاتمة.

صحيـــح أن الديـــن عنـــد الله الإسلام منذ عهد آدم ونوح ومن بعدهم من الرسل والأنبيـــاء، لكن الإسلام الواحد كان ينمو ويتقدم فى طبيعته وأحكامه لحكمة قدرها الله وأرادها.

وواجبنا أن نبحث ونعرف ما يميز كلا من هذه الرسالات، وأهم من ذلك ما تمتاز به الرسالة الخاتمة عن سابقاتها.

ولى رأى فى ذلك أحب أن أعرضه.

ليـــس الأمـــر مجـــرد تكرار، بل كان هناك تدرّجٌ وتجديد وتصحيح للانحرافات التى يُدْخِلها بعض الأقوام فى دينهم، وتقدُّم الرسالة نحو الخاتمة التى أعد الله عالمنا لها. ولذلك، فإن كثيرا من معتنقى الرسالات السابقة سارعوا إلى الإيمان بها لأنها فى نظرهم هدتهم إلى أن يطهروا دياناتهم من كثير من الانحرافات التى أدخلت على عقائدها وتعاليمها، وهؤلاء هم الذين يسمون الآن مسلمين، وهم المسيحيون واليهود الحقيقيون الذين آمنوا بالرسالة الخاتمة.

لقد كان إيمانهم نتيجة اقتناع حر بعد أن قرر الإسلام مبدأ ألا إكراه فى الدين. وكان إسلامهـــم نتيجـــة هذا المبدإ. لذلك بقى المجتمع الإسلامى مدة طويلة يضم أغلبية من أصحاب الديانات السابقة الذين أسلموا تدريجيا وبحرية كاملة بعد أن ضمن لهم الإسلام بقـــاءهم على عقائد لا تقرها الرسالة الخاتمة، وحماهم من الإكراه فى الدين. لذلك، فإن الأغلبية غير المسلمة تناقصت بسبب اعتناق كثير من أصحاب الديانات السابقة للإسلام بحرية واقتناع، لا بالسيف كما يدعى أعداؤنا.

* * *

بعد مدة بقى من غير المسلمين أقليات من أتباع الديانات السابقة تعيش فى حرية دينية كاملة، ولكنهم اتجهوا إلى مواصلة صراعهم الداخلية حتى زاد عدد هذه الطوائف وزادت الخلافات بينها فى منطقتنا بصورة لا مثيل لها فى أى مجتمع آخر .

ومما يؤسف له أن الغزاة المستعمرين عندما تغلبوا على بعض أوطاننا، استغلوا بعض أتباع تلك الطوائف لينحازوا إليهم ويخونوا الأمة التى أمنتهم ومنحتهم حرية دينية لم يجدوها فى أى مجتمع آخر. وقد عيرنا بعض المعتدين على بلادنا، وما زالوا حتى الآن يعيروننا بأن مجتمعنا متعدد الطوائف، وأنه فسيفساء أو "موزاييك" من الطوائف، ويعيبون علينا أننا لم نطهره من الأقليات المتعددة المختلفة كما تفعل بعض مجتمعاتهم التى تسير على إبادة الأقليات رافعة شعار "التطهير العرقى" الذى ما زالت الإنسانية تقاومه حتى الآن .

وإذا كانت الدول الديمقراطية تعلن رفضها للتطهير العرقى الذى تتخذه بعض النظم شعارا لإبادة الشعوب أو الأقليات التى تريد الاستيلاء على أرضها، فسبب ذلك الرفض أنهم يريدون أن تكون الإبادة سلاحا يحتكروه ويَختَصُّ به حلفاؤهم الصهاينة والإسرائيليون الذين تقوم حركتهم على الإبادة الشعبية لعرب فلسطين، ولا يريدون أن تتمتع بهذا الامتياز دول حليفة لروسيا .

ومن ناحية أخرى، فإن رفضهم للتطهير العرقى فى بعض المناطق دون غيرها سببه أيضا أنهم يبيحون للقوى الاستعمارية ممارسة سياسة "التطهير الدينى" ضد المسلمين عن طريق فرض حكام مستبدين أو عسكريين يفرضون عليهم ما يسمونه العلمانية وفصل الدين عن الدولة، ويظنون أنهم نجحوا فى ذلك فى تركيا وأنهم فى الطريق إلى النجاح فى أقطار أخرى مجاورة لتركيا أو بعيدة عنها، وهم بذلك يطبقون خططهم لما يسمونه التطهير الدينى وإن كانوا ينضمون إلى من يعارضون التطهير العرقى فى بعض المناطق، برغم أنهم يشجعونه ويؤيدونه فى فلسطين ....

* * *

8 أولى خصائص الرسالة الخاتمة أنها عالمية وشاملة لأمور الدنيا والآخرة :

من المعروف فى فقهنا أن أولى خصائص الرسالة الخاتمة أنها للناس كافة، وهذا مبدأ أساسى يميزها عن الرسالات السابقة .

فالرسل السابقون كانوا يَدْعون "قومهم"، وقد تكررت فى القرآن الإشارة إلى قوم كل رسول ممن حدثنا عنهم القرآن .

أهم من ذلك أن شريعتنا تتميز بالعموم والشمول، فهى لا تكتفى بالعقيدة الإلهية، ولا بأحكام تفصيلية معينة محدودة يفرضها الله على قوم معينين حسبما تستلزمها ظروف زمانهم ومكانهم كما كان الشأن فى الرسالات السابقة .

بل إن شريعتنا تعنى أولا بتقرير المبادئ والأصول الشرعية الشاملة لكل فروع الفقه وأحكامه .

من أجل ذلك كانت "خاتمة" .

وقد قرأت كتابا أو فصلا للشاعر إقبال عن مبدإ ختم الرسالة فى الإسلام أتمنى أن أعيد قراءته .

* * *

9 الهمية ختم الرسالة عند الشاعر إقبال :

لا شك فى أن مسلمى الهند وباكستان كان لديهم اعتبارات عملية وواقعية جعلتهم يقدرون أهمية ختم الرسالة ويعتزون بهذا المبدإ .

ذلك أن الهند ورثت تركة كبيرة من الأديان والفلسفات واللغات والمذاهب المختلفة المتناقضة، وما زالوا سائرين فى هذا الاتجاه، حتى إن كل من يدعى كذبا النبوة، أو حتى الألوهية يجد له جمهورا يسير وراءه، مما ترتب عليه تعدد الطوائف بل وتصارعها وتمزيق وحدة شعوبها .

وقد حاول الاستعمار استغلال هذه العنصريات الطائفية، فاستعمل بعض الكذابين لادعاء النبوة، وأصبحوا حلفاء للاحتلال البريطانى الذى يغدق عليهم الحماية والمال بصورة مفزعة، وحاول إدخالهم فى نطاق الأمة الإسلامية لتمزيقها، وما زال يسير على هذه الطريقة برغم المقاومة العنيفة من جماهير المسلمين، الذين كان سلاحهم هو مبدأ ختم الرسالة الذى يسد الباب أمام الكذابين مدعى النبوة أو الألوهية، وكل ما يطلبونه ألا يُعَدّ هؤلاء جزءا من أمة الإسلام. ومع ذلك، تستعمل القوى الأجنبية كل نفوذها ومالها ليفرضوهم على أمة الإسلام، وبخاصة منهم "القاديانية" و "البهائية" و "البابية"، وأكثرهم مضللون ومخدوعون، ولكن قادتهم يعملون لصالح أعداء الإسلام ولصالح من يشجعونهم ويزودونهم بالحماية والمال .

فلا غرو إذن أن يهتم شاعرنا إقبال بمبدإ ختم الرسالة والجميع يؤيدونه فى ذلك .

* * *

10 ختم الرسالة معناه أن الإنسانية أصبحت لتبلغ رشدها :

ما يعنينا نحن هو الجانب الموضوعي في هذا المبدإ، ومعناه أن الله سبحانه قد أعد الإنسانية لتبلغ رشدها، وتطهر معتقداتها لما أدخل عليها من الخرافات، وتسير في حياتها على هدى الرسالة الخاتمة معتمدة على اجتهاداتها وإجماعها وفقهها وتجاربها وتقدمها الفكرى والعلمى فى كل فروع العلم والمعرفة وعمارة الأرض .

ونحن نستعمل كلمة الفقه دائما عندما ندرس الأحكام حتى لا ننسى مبدأ الاجتهاد والتعدد وشرعية اختلاف الأحكام وتنوعها وعدم اختصاص أى مذهب بالصواب دون غيره لأنه اجتهاد ....

إن تشريع الاجتهاد والإجماع كمصدر من مصادر الفقه هو من أهم خصائص شريعتنا وهو تأكيد لأن الله سبحانه قد أعد الإنسانية لتبلغ رشدها وتسير على هدى الرسالة الخاتمة العالمية الشاملة لأمور الدنيا والآخرة .

* * *

شمــول الشــريعة ووحدتها وعمومها ميز عقيدتنا بعدم الفصل بين الأحكام "الدينية" والأحكام الدنيوية الذى ساد فى عهد الرسالات السابقة .

فالرســل الســابقون كانوا يهدون قومهم لعقيدة التوحيد، وكثير منهم كان يعلن أنه يترك الأحكام الدنيوية للسلاطين الذين يفرضون سلطتهم على الناس .

وأحسن مثال لذلك قول المسيح عليه السلام : "دع ما لقيصر لقيصر وما لله لله" .

وكثير من المتنمين إليه (عليه السلام) ما زالوا يسيرون على هذا المبدإ، ويَعُدُّونه لهائيا، فى حــين أنه كان فى نظرنا مرحليا، وهم يقاومون بشدة وعنف إدخال "الدين" فى شئون الدنيــا – وبخاصة شئون السلطة والحكم والسياسة وهذا ما يريده الطغاة المسيطرون المستبدون الذين لا يريدون أن يحاسبهم الناس بقيم الدين ومبادئه بل وأخلاقه .

* * *

11 فصل الدين عن الدولة تحريف في عقيدتنا، وليس مجرد موقف سياسي:

بعض نصارى اليوم وتلاميذهم يريدون أن يفرضوا علينا ما يسمونه الفصل بين الدين والدولة، وأن نحبس ديننا في المساجد والمصاحف ولا نقحمه في شئون السلطة التي يريدون أن يحتكروها أصحاب السلطة والسلاح والمال ومظاهر القوة والعنف ...

لكن عقيدتنا تأبى ذلك.

فالمعركة متصلة بالعقيدة وليست مجرد رأى أو حزب أو مذهب أو موقف سياسي.

وعلينا أن نصمد ونصبر ونصابر ولا نتخلى عن عقائدنا لأن عقيدة التوحيد تفرض الوحدة بين شئون ديننا ودنيانا، وتحرِّم علينا أن نؤمن ببعض الكتاب ونترك بعضه الآخر إرضاء لأصحاب السلطان.

الوحدة إذن معناها ألا نفرق بين أمور ديننا ودنيانا.

ولا بين عقيدتنا وشريعتنا.

ولا بين الأصول والفروع في فقهنا.

ولا بين المبادئ والقيم والخلق وبين الأحكام التفصيلية في شريعتنا وفقهنا.

* * *

12 تشريعنا الجنائى هدفه التوبة لا العقوبات :

ثم إن وحدة شريعتنا لها نتيجة مهمة فى تشريعنا الجنائى .

فقد قلنا إنه ليس "قانون عقوبات" كما هو الشأن فى "القوانين الوضعية" التى تقرر عقوبات قضائية دنيوية .

ذلك أن أول ما تقرره شريعتنا هو الجزاء والحساب فى يوم النشور، وهذا هو العدل المطلق الكامل الذى نؤمن به .

أما عدل القضاء وأحكامه فهو مقرر لهدف آخر، هو إلزام المخطئ بالتوبة والاستغفار والعدول عن الانحراف والاستقامة فى المستقبل، وهذا هدف تربوى وإصلاحى وليس مجرد عقاب.

عندما يتحقق غرض التوبة، فإن الحساب عما وقع قبلها يرجع إلى الله سبحانه يوم القيامة. وقد أكد القرآن الكريم مرارا على أن الله يقبل التوبة عن عباده ويعفو ويغفر، بل زاد فبشرنا بأن الله يمحو هذه السيئات بل يحولها إلى حسنات !

فإذا كان لا بد من وصف لأحكامنا الجنائية القضائية بأنها قانون، فإنها قانون للتوبة وليست قانونا للعقوبات ....

* * *

هــذا هو ردنا على من يتطاولون على تشريعنا الجنائى، وبخاصة ما يسمونه عقوبات بدنية فى الحدود والعقوبات المقدرة التى يصفها البعض بأنها قاسية .

يجــب أن يعلـــموا أنها جزاءات "تهديدية" و "تخويفية" قصد بها ردع الجانى المنحرف وإلزامه بأن يتوب ويعود إلى الاستقامة حتى يعفى منها .

إنـــنى معجـــب بما ذهب إليه إماما ابن تيمية من أن التوبة تسقط عقوبة الحد، بل إن مجرد الاعتراف بالذنب هو فى نظره توبة يترتب عليها سقوط الحد .

وفى نظرنا أنه يسقط أيضا التعزير العقابى كما بيناه فى حاشيتنا .

ولا يـــبقى أمـــام قضائنا إلا التعزيز التهذيبى والتربوى والوقائى الذى قلنا إنه لا يجوز وصفه بأنه عقوبة، بل هو تربية وتهذيب وإصلاح نفسى ودينى واجتماعى بحت .

* * *

والـتخويف والتهديد لا يقتصران، على العقوبات الدنيوية القضائية، بل إن أول ما يؤمن به الإنسان المسلم هو الجزاء الأخروى والجنة والنار .

والذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر لا يعترفون بالجنة والنار، ويَعُدُّونها مجرد تخويف.

ونحـن نقول إن الأمر كله لله، فى الدنيا والآخرة ... وهو الذى يحاسبنا ويحكم علينا يوم القيامة، وحكمه هو العدل كله والرحمة كلها ...

هو الرحمن الرحيم كما يخاطبه كل يوم وكل ساعة بشرط أن نسلم له ونلتزم بأوامره ونواهيه وأن يتوب المخطئ ويرجع إلى الصراط المستقيم ....

فهـدف شريعتنا هو إلزام الإنسان بالعودة إلى الطريق المستقيم بالتوبة. أما ما وقع منه من قبل، فإن الله وعده بأن يمحوه، بل يبدله حسنات بقدر ما ينفذ توبته بالرجوع إلى الله وإلى طريق الصلاح والاستقامة ....

* * *

إنـــه ســـبحانه خلق الإنسان ليختار بين طريق الخير وطريق الشر وليرجع إلى الطريق المســـتقيم كلما انحرفت به نزواته وشهواته وشيطانه ويتوب عن خطئه ويستغفر الله الذى وعدنا بالقبول .

فى حالة الانحراف تواصل شريعتنا الإصلاح عن طريق التوبة والاستغفار .

أمـــا الجـــزاءات الدنيوية بل والأخروية، فإنها فى نظرنا كلها مقررة لتخويفه وإلزامه بالتوبة فهى فى نظرنا أحكام تهديدية .

وشـــريعتنا تبدأ بالتخويف سواء بالجزاءات الدنيوية أو الأخروية التى أفاض القرآن فى عرضـــها علـــينا وصـــور لـــنا الجحيم بصورة مفزعة مرعبة تجعل فرائص المؤمن ترتعد لسماعها، ويخشى الله ويرجع إليه . ولذلك فإن التقوى هى أولى صفات المؤمن .

لقـــد أضاف للتخويف الوعد بالنعيم المقيم فى الجنة التى أفاض كتابنا الكريم فى عرض محاسنها ومغرياتها وعرض على الإنسان كل ما يشتهيه فى الدنيا على أنه سيجد أكثر منه فى الجنة لأن فيها ما لا عين رأت ولا أذن سمعت ولا خطر على قلب بشر .

وكثيرون يتأثرون بهذا النعيم المقيم ويعملون له أكثر مما يتأثرون بالتخويف بالجحيم فى الآخرة والجزاء القضائى فى الدنيا .

من أجل ذلك نرى أن شريعتنا يجب أن تؤخذ كاملة متكاملة، وخطأ كبير هو وصفها بأنها قانون عقوبات، أو قياسها على القوانين الجنائية .

* * *

13 تشريع التوبة أغنانا عن الجدل حول الجبر والحرية الاختيار :

لحكمة إلهية شرع الله الجزاء الدنيوى (العقوبة الجنائية) والجزاء الأخروى الأشد وأبقى. ثم شرع التوبة والاستغفار والعفو والمغفرة والرحمة والقبول بدلاً من هذه الجزاءات القضائية.

ولحكمة إلهية جعل الله جميع العقوبات والجزاءات الدنيوية مجرد تهديد فى نظرنا، يستغنى عنها كلما عدل المذنب عن طريق الانحراف وأعلن نية صادقة فى استئناف طريق الاستقامة والصواب فى المستقبل، ووعد سبحانه بأن يمحو السيئات التى وقعت من قبل، بل وقد يحولها إلى حسنات ...

فما هى هذه الحكمة ؟ ....

إنه سبحانه أراد أن يعفينا من الجدل الحاد بين فلاسفة الجبر الذين يقولون إن المجتمع وظروف الجانى الخلقية والفطرية هى التى أوصلته لهذا الانحراف؛ فهو إذن غير مسئول.

لكن جمهور الفلاسفة والمفكرين يرون أن تقرير مسئولية الفرد جنائيا ومدنيا عن أعماله الاختيارية مبدأ ضروري لكى تستطيع الجماعة تقويم المنحرفين ومقاومة الانحرافات .

وشريعتنا قد رسمت لنا طريقا وسطا يحقق أهداف الطرفين، لكى نترك موضوع المسئولية وحرية الاختيار له سبحانه وهو أعلم به ....

إن الله سبحانه هو الذى أوجد العوامل المتعددة التى أدت إلى وقوع الجريمة واختيار الفرد أحد هذه العوامل وإلى جانبه عوامل أخرى مثل الوراثة والتكوين الخلقى والبيئة والظروف الاجتماعية التى لها دورها، لكن الله سبحانه هو الذى يقدر نسبة مساهمة الإرادة الفردية فى هذا الانحراف، وعلينا أن نترك له تقديره ويكفينا التوبة والاستغفار .

* * *

إن شريعتنا لا تأخذ بنظرية الجبر أو الاختيار بصفة مطلقة كما يرى بعض الفلاسفة لكنها شرعت لنا التوبة لتكون بديلاً عن العقاب والجزاء. فهى شريعة التوبة. وهذا يميزها فى نظرنا عما يسمونه قانون العقوبات.

موضوع التوبة فى نظرنا هو جوهر تشريعنا الجنائى؛ فكل أحكامه تدفعنا إليها.

وهى أصلح للمجتمع والبشرية من كل عقاب.

إنـــنى أرجو أن يتولى أحد الباحثين الشبان أن يعد رسالة عن "التوبة كهدف لتشريعنا الجنائى".

وأدعـــو الأساتذة الذين يتولون تدريس هذه المادة أن يلفتوا نظر تلاميذهم إلى أن تشريـــعنا الجنائى هو تشريع للتوبة والإصلاح، وأنه ليس قانون عقوبات كما يصفه البعض.

* * *

إن الرسالة الخاتمة تتميز عما سبقها بأنها موجهة للبشرية كلها وليست خاصة بقوم معينين .

صحيح أن الإنسانية تضم أمما مختلفة المذاهب والعقائد، ولكن العلاقات البشرية بين الأمم والأفراد كفيلة بتحقيق قدر كاف من المستوى الحضارى الذى يتناسب مع ما وصلت إليه الإنسانية من تقدم .

انطلاقا من هذه الرسالة الخاتمة تسير الإنسانية نحو العالمية، وكثيرا ما أكد علماؤنا وأئمتنا على عالمية الإسلام .

إذا كنا نسمع اليوم من يتحدثون عن نظام عالمى فلا شك فى أن الإسلام قد سبقهم إلى ذلك. وكثير منهم لا يهمهم من هذا النظام العالمى إلا ما يستطيعون أن يفرضوا به سيطرتهم أو يحمون ما يسمونه "مصالحهم القومية" .

إن القومية والمصالح القومية لا يجوز نسبتها إلى العالمية . والإسلام كان من أول أهدافه مقاومة العنصريات والقوميات التى تفرق بين الأمم وتسيء العلاقات بينها وتخلق صراعات لا تنتهى .

* * *

* * *

14 ـ احتفالنا بختم الرسالة :

فى نظرنا أنه لا يجوز أن نقف عند الأثر السلبى لختم الرسالة الذى يسد الباب أمام كل من يدَّعى النبوة والألوهية ويحمى الإنسانية من حركات الدجالين والأفاقين الذين يدَّعون النبوة أو يتكلمون باسم السماء ويوهمون الناس بأنهم يعبرون عن إرادة الله أو يشرعون بوحى منه .

كل هذا مؤكد، وهذا فضل كبير للرسالة الخاتمة .

لكن الفضل الأكبر هو أنها شهادة من الله سبحانه وتعالى بأن الإنسانية أعدت لكى تبلغ رشدها وأنها تستطيع انطلاقا من هذه العقيدة الإلهية والشريعة السماوية أن تتوسع فى آفاق المعرفة وتتفقه فى هذا الدين بالاجتهاد والإجماع والتجديد كى تستنبط منه الأحكام اللازمة لبناء حضارة إنسانية كاملة لكل أنواع المعرفة وفروع العلم التجريبى الذى تبنى بها حضارة جديدة يساهم فيها الناس جميعا برغم اختلاف مذاهبهم وأممهم وأعراقهم ....

إن عالمية الرسالة الخاتمة ووحدة الرسالات السماوية تغنينا عما يسمونه الآن حوارا بين الديانات، وهنا نقر ما يقوله كثير من علمائنا وخصوصا الوهابيين من أن هذه التسمية لا محل لها وما يريدونه هو حوار بين الأمم، لأن الدين واحد وهو الرسالة الخاتمة.

* * *

لقد تتابعت احتفالات بعض وسائل الإعلام بذكرى المولد النبوى الشريف، ولاحظت أن كـــثيرين من المتحدثين يبالغون فى ذكر مناقب رسولنا الكريم، ويصلون فى ذلك الغلو إلى الحد الذى لا يقره الإسلام ولا الرسول (ﷺ) نفسه .

وقد عشت مدة طويلة فى المملكة العربية السعودية، وأعجبنى إصرار علمائها على أن هذا الاحتفال بالمولد النبوى بدعة لا أصل لها فى ديننا، ولم يقرها رسولنا الكريم .

وأعـــتقد أنهم إذا كانوا يستنكرون مجرد الاحتفال بالمولد، فذلك لأنه يؤدى إلى الغلو فى تقديس شخص الرسول الكريم، وهذا يفتح الباب لتقديس غيره من البشر .

وأنـــا أعـــتقد أن الفضائل التى أسبغتها العناية الإلهية على رسولنا الكريم لم يقصد بها شخصـــه، وإنمـــا قصـــد بها تأهيله لحمل الرسالة الخاتمة العالمية والشاملة التى جعلها الله سبحانه خاتمة الرسالات السماوية وقمة التدرج فى النبوات .

ولذلـــك، فإن الذين يحتفلون بمولده (ﷺ) أجدر بهم أن يحتفلوا بختم الرسالات وبدء عهـــد جديد للبشرية بعد أن أعدها الله لكى تواصل تقدمها ونموها اعتمادا على أصول هذه الرسالة الخاتمة، وعلى ما قررته من إعطاء البشر دورا فى استنباط الأحكام عن طريق الاجتـــهاد والإجمـــاع فى مجـــال التشـــريع والعلم التجريبى فى نطاق مجموع المعرفة الإنسانية، لكى تبلغ أقصى مدى أراده الله لها فى عمارة الأرض التى استخلفها الله فيها .

وبهـــذا نتفادى انتقادات الذين يدينون ببدعة المولد. ولا أعتقد أنهم ينكرون علينا الاحتـــفال بمولد هذه الرسالة الخاتمة التى أعد الله سبحانه رسولنا لتبليغها، وأعد أمته لتحمل أمانة هذا التبليغ لتكون شاهدة على الناس كما كان الرسول شهيدا علينا .

كثيرون ممن يتنافسون فى الغلو فى مدائح الرسول الكريم هم ممن يمارسون النفاق لذوى السلطان والنفوذ، ويسبغون على بعضهم أوصافا تحيطهم بهالة من البطولة والعبقرية التى يبررون بها طغيانهم أو استبدادهم . هذا الصنف من محترفى النفاق ينتهزون كل فرصة ليزاحموا غيرهم فى نسبة أوصاف ومناقب للرسول الكريم كأنهم يتخذون ذلك ليسوِّغوا به ما يمارسونه يوميا من أساليب النفاق لتضخيم صورة غيره من البشر، ناسين ما قاله رسول جيش المسلمين لقائد جيش الفرس: "إننا جئنا ندعو الناس لعبادة الله الواحد القهار بدلا من عبادة البشر التى يمارسها الأذلاء المستعبَدون المستسلمون لطغيانا سادتهم وحكامهم.. " .

* * *

وليس النفاق وحده هو الذى يروج سوقه فى الموالد. بل إنى زدت اقتناعا بموقف الفقه الوهابى الذى يَعُدُّها بدعة دخيلة على الإسلام تشوه صورة جماهيره وتقدم لها فرصة لإحياء تقاليد جاهلية سابقة على الإسلام. وزاد يقينى بذلك عندما زرت بلاد إفريقية الشمالية ووجدت أنهم وكثيرين غيرهم لا يكتفون بالاحتفال بالمولد النبوى وعَدِّه أكبر مناسبة للتجمعات الشعبية، بل إنهم يجعلون لكل "شيخ" مولدا فى موطنه. ولا يقف الأمر عند المشايخ الحقيقيين، بل إنه حدث كثيرا أن شملت الموالد شيوخا زائفين أو دجالين لأن كل قرية وكل تجمع سكانى يعتقد أنه لا بد له من شيخ يحتفل بمولده ويبرز فى هذا الاحتفال كل ما لديه من مظاهر الابتهاج والاعتزاز .

إن الابتهاج والاعتزاز فى نظرنا يجب أن يكون لهذه الرسالة الإلهية خاتمة الرسالات، لأنها هى المؤذنة ببرشد الإنسانية وانطلاقها فى مجالى الحضارة والتقدم، معتزة بقيم هذه الرسالة وعقائدها، ومنكرة لكل ما يخالفها من رواسب التاريخ الماضى، تاريخ الجاهلية والانحرافات التى جاء الإسلام للقضاء عليها فى جميع صورها ونواحيها. وإذا كان رسولنا الكريم هو الذى أعده الله تعالى لحمل هذه الرسالة وليشهد علينا بما أبلغه لنا من أصولها وأحكامها، فإن تكريمه يكون بالاحتفال بالرسالة، ويكون الاحتفال بالرسالة الخاتمة بدلا من الغلو فى المدح لشخصه، لأنه يشجع العامة على ممارسة المدح لغيره من المسيطرين والمتزعمين .

وقد سمعت فى الإذاعة التونسية صباح كل يوم فترة قصيدة من "المدائح النبوية" يليها فترة أطول منها فى "المدائح الوطنية" التى كانت تشيد ببطولة بورقيبة وأمجاده فى قصائد يدبجها أعداد من المنافقين المتنافسين فى التقرب للزعيم الأوحد ...

* * *

الحق أن مولد الرسالة هو بعثة الرسول (ﷺ) لا مولده.

ورحم الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين الذى جعل بدء تاريخ الإسلام هو الهجرة النبوية، ولم يحتفل هو ولا أحد من أصحابه بمولد الرسول الكريم التى يَعُدُّها البعض مجرد تقليد لما يفعل المسيحيون فى احتفالهم بمولد المسيح.

والاحتفال بالهجرة بجعلها بداية التقويم الهجرى ليس مجرد احتفال ببدء عصر الرسالة الخاتمة، بل هو احتفال بأكبر صورة من صور الجهاد فى سبيلها والثبات عليها والتضحية فى سبيلها. إنه احتفال بما فرضه الله علينا من الجهاد والصمود فى وجه البغى والعدوان ...

وهذا هو الاحتفال الصحيح بالرسالة الخاتمة والاعتزاز بها وإعلان التزامنا بالعمل لتبليغها والجهاد فى سبيلها ومقاومة بغى أعدائنا، وبذلك نكون شهداء على الناس كما كان الرسول شهيدا علينا ....

الباب الثانى
الركن المادى للجريمة

عودة ٤٧ ـ منهاج البحث : - يتوافر الركن المادى للجريمة بإتيان الفعل المحظور، سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية. وقد يتم الجانى الفعل فتُعَدّ الجريمة تامة كمن سرق متاعا من آخر وخرج به من الحرز، وقد لايتم الجانى الفعل فتُعَدّ الجريمة غير تامة، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحرز أو بعد دخوله مباشرة، وهذا مايسميه اليوم فى الاصطلاح القانونى بالشروع فى الجريمة.

وقد يرتكب الفعل المحرم شخص واحد، وقد يتعاون على ارتكابه جماعة يتفقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم، أو يحرض بعضهم بعضا عليها، أو يساعد بعضهم البعض الآخر ويعينه حال ارتكابها، وهذا مايسمى بالاشتراك فى الجريمة.

فالكلام على الركن المادى يتناول الكلام على الجريمة التامة، والشروع، والاشتراك. ومحل الكلام على الجريمة التامة هو القسم الجنائى الخاص، حيث تبحث كل جريمة وتبين أركانها وشرائطها وعقوباتها، وهذا مايوجبه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص. أما الشروع والاشتراك فسنتكلم عليهما فيما يأتى، وسنخصص لكل منهما فصلا خاصًّا.

الشروع هو جريمة ناقصة من حيث عدم وقوع النتيجة التى أرادها الجانى من فعله، ولذلك فهو خاص بالجرائم العمدية، وعندما يتقرر العقاب عليه فى جريمة ما فمعنى ذلك أن ما ارتكبه الجانى كاف ليكون جريمة، لأن ما قام به هو من أعمال تنفيذ الجريمة وليس مجرد تحضيرها؛ لذلك يعاقب عليه برغم عدم نجاحه فى تحقيق غرضه من ارتكاب الفعل.

وهدف هذا البحث هو تمييز الأفعال التحضيرية التى لايعاقب عليها الجانى إذا توقف عندها (باختياره أو لسبب خارج عن إرادته) – من الأعمال التنفيذية التى يعاقب عليها الجانى باعتبارها شروعا برغم أنه توقف عندها.

من ناحية أخرى، فسنرى أن عقوبة الشروع قد تكون أقل من عقوبة الجريمة الكاملة، لذلك يجب أن ندرس الحد الفاصل بين الفعل الذى يكِّون جريمة ناقصة (أى شروعا) عن الأفعال التى تجعل الجريمة تامة، وهذا ضرورى فى حالة ما إذا كانت عقوبة الجريمة الناقصة تختلف عن عقوبة الجريمة التامة.

* * *

أما المشاركة فتكون فى حالة مساهمة أكثر من شخص فى ارتكاب جريمة. وهنا يجب التمييز بين من يُعَدّ منهم الفاعل الأصلى للجريمة المسئول الأول عنها، وبين من يُعَدّ مجرد شريك. وهذا أيضا يكون ضروريا فى حالة ما إذا كان القانون يجعل عقوبة الشريك أقل من عقوبة الفاعل الأصلى. أما إذا كانت العقوبة واحدة، فلا أهمية لهذا البحث.

* * *

ومراجعة أحكام القسم العام فى القوانين العصرية تكشف لنا أن المبدأ الراجح هو أن عقوبة الشروع الأصل فيها أن تكون مساوية لعقوبة الجريمة التامة وعقوبة الشريك لاتختلف عن عقوبة الفاعل الأصلى فى حالة الاشتراك، ولكن التفرقة بين العقوبة فى الحالين تكون فى حالات استثنائية؛ وهذا يجعل دراسة الشروع والاشتراك مجرد بحث نظرى فى كثير من الأحوال.

ففهاؤنا اقتصروا فى بحث الشروع والاشتراك على جرائم الحدود والقصاص :

جرى الفقهاء الإسلاميون على عدم الخوض فى تحديد أركان جرائم التعازير، بحجة أن القاضى هو الذى يتولى ذلك. وهذا نقص أشرنا إليه من قبل كلما أشرنا إلى ضرورة تقنين التعازير. ونتج عن هذا الأسلوب أن موضوع الشروع والاشتراك فى الجريمة يتعرضون له فى دراسة جرائم الحدود وجرائم القصاص، والدية فقط. ولما كانت القاعدة عندهم أنه كلما استبعدت هذه العقوبات القصوى – المقدرة – فإن الفعل يمكن أن يقع تحت طائلة التعزير إذا رأى أولياء الأمر أنه يمثل خطورة تستوجب تأديب الجانى أى تعزيره – فإن كل ما كتب عن هذين الموضوعين كان بصدد جرائم الحدود والقصاص لكنه يسرى كذلك على جرائم التعازير، لأن الأصل كما قلنا من قبل أن جميع الجرائم هى جرائم تعزير.

وإذا بدأنا فى وضع نصوص لتقنين جرائم التعازير، فإن موضوع الشروع والاشتراك ستزداد أهميته. وقد مهد لنا الفقيه الشهيد الطريق لذلك بالتوسع فى عرض أحكام هذين الموضوعين فى هذا الباب، وهذا جهد مشكور له يجب أن نقدره لأنه يسهل مهمة من يقومون بعملية تقنين التعازير فى الحاضر والمستقبل، مما يؤدى إلى مزيد من الإثراء والنمو فى التشريع الجنائى الإسلامى .

فيما يخص جرائم التعازير، فإن تخلى الفقه عن تحديد جرائم التعازير أو تقنينها هو الذى أدى فى نظره إلى عدم بحث الشروع أو الاشتراك فيها، لأن موضوع التعازير وأحكامها كان يدخل فى نظرهم ضمن ولاية القضاء .

وقد أشرنا من قبل إلى رأينا فى أن اختصاص القضاء بولاية التعزير لم يعد له مسوِّغ فى عصرنا، ولم يعد هناك مسوِّغ لكى يتخلى الفقه عن مسئوليته فى تقنينها أو دراستها، لأن القضاة إنما منحوا هذه الولاية بحُسبانهم مجتهدين – ومعنى ذلك أن المجتهدين من الفقهاء هم أصحاب الاختصاص الأصلى فى ذلك ولذا لايجوز لهم أن يتخلوا عن هذا الاختصاص فى نظرنا.

ونحن نلاحظ فضلاً عن ذلك أن القضاة منذ عصر طويل أصبحوا مقلدين غير مجتهدين. وإذا كان الاجتهاد الفردى فى الفقه قد انتهى عهده، فلابد أن يقوم جماعة من الفقهاء بذلك الآن وفى المستقبل بطريق الاجتهاد الجماعى بعد أن استقر الفقهاء على قفل باب الاجتهاد الفردى، على أن يساهم فى ذلك القضاء كهيئة يمثلها المجلس الأعلى للقضاء.

الفصل الأول
الشروع فى الجريمة

عو٥٥ ٢٤٨ ـ *الفقهاء والشروع فى الجريمة* : لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع فى الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفنى كما نعرفه اليوم، ولكنهم اهتموا بالتفرقة بين الجرائم التامة. والجرائم غير التامة، ويمكننا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع فى الجرائم لايعاقب عليه بقصاص[1] ولاحد، وإنما يعاقب عليه بالتعزير أيا كان نوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم الحدود والقصاص؛ لأنها جرائم ثابتة لايدخل على أركانها وشروطها التغيير أو التعديل، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضى أن يغلظها أو يخففها. أما جرائم التعزير، فإذا استثنينا العدد القليل (من المعاصى) الذى نصت عليه الشريعة كتحريم الميتة وخيانة الأمانة، فإن معظم الجرائم التعزيرية متروك أمرها للسلطة التشريعية، أى لأولى الأمر، يحرمون من الأفعال مايرونه ماسًا بالمصلحة العامة أو النظام العام، ويعاقبون عليه، ويتركون مايرون ضرورة للعقاب عليه. كما أن تقدير العقاب فى جرائم التعزير عامة متروك لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحريم راجعا لأولى الأمر . فيستطيع ولى الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير، وأن يشددها طبقا لما تقتضيه المصلحة العامة، وللقاضى بعد ذلك سلطة واسعة فى توقيع العقوبة، فله أن ينزل بها إلى الحد الأدنى، وأن يرتفع بها إلى الحد الأعلى. ويترتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص، وأن جرائم التعازير جرائم عقوباتها غير ثابتة قد يعاقب عليها بعقوبات تافهة وقد يعاقب عليها بعقوبات جسيمة، وأن أغلب جرائم التعازير قد يعاقب عليها فى زمان دون زمان ومكان دون مكان، وقد تتغير أركانها بتغير وجهة نظر أولى الأمر؛ ولهذا كله لم يتكلم الفقهاء عن جرائم التعازير إلا كلاما عاما، ولم يدخلوا فى تفاصيل أركان الجريمة وشروطها، وعلى هذا الأساس لم يتكلموا عن الشروع بصفة خاصة؛ لأنه من جرائم التعازير.

---

(١) يعاقب على الشروع فى القتل إذا أدى لجرح أو قطع بالقصاص كلما كان ذلك ممكنا، ولكن العقاب فى هذه الحالة ليس على الشروع فى القتل الذى لم يتم، وإنما على الجرح أو القطع بحسبان أن ماحدث هو جريمة تامة. وسيأتى تفصيل ذلك .

عوده

ثانيهما : أن قواعد الشريعة الموضوعة للعقاب على التعازير منعت من وضع قواعد خاصة للشروع في الجرائم، لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع. فالقاعدة في الشريعة أن التعزير يكون في كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة، أى أن كل فعل تُعَدّه الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير مالم يكن معاقبا عليها بحد أو كفارة. ولما كان الحد والكفارة لايعاقب بهما إلا على جرائم معينة أتمها الجانى فعلا، فإن كل شروع في فعل محرم لايعاقب عليه إلا بالتعزير. ويُعَدّ كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته أى جريمة تامة، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم، مادام الجزء الذى تم محرما لذاته. ولا استحالة في أن يكون فعل ماجريمة معينة إذا كان وحده، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر. فالسارق إذا مانقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكبا لمعصية تستوجب العقاب، وهذه المعصية تُعَدّ في ذاتها جريمة تامة، ولو أنها بدء في تنفيذ جريمة السرقة. وعندما يتسلق السارق المنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تسلق بقصد السرقة يرتكب معصية. وإذا أذن له بدخول البيت، فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية. وهكذا، كلما أتى السارق فعلا تحرمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية، أى : جريمة تامة تستوجب العقاب، إذا نظرنا إليها على حدة، ولو أن هذه المعصية تُعَدّ جزءا من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة السرقة التى لم تتم. فإذا أتمّ الجانى سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة، وخروج بالمسروقات من الحرز، فإن كل الأفعال التى أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هى السرقة، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد، وهى العقوبة المقررة للسرقة التامة، ويمتنع التعزير على ما دون التمام؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة.

والزانى إذا دخل بيت المرأة المزنى بها يرتكب معصية، وإذا جلس معها في خلوة يرتكب معصية، وإذا قبلها يرتكب معصية، وكل هذه الأفعال تُعَدّ شروعا في جريمة الزنا التى لم تتم، ولكن كل فعل منها يُعَدّ بذاته معصية تامة تستوجب التعزير. فإذا ما تمت جريمة الزنا، وجب الحد وامتنع التعزير، لأن كل هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة واحدة تامة هى جريمة الزنا .

وهكذا، يتبين لنا مما سبق أنه لم يكن ثمة مايدعو الفقهاء لوضع نظرية خاصة بالشروع في الجرائم، وإنما دعتهم الضرورة فقط إلى التفرقة بين الجريمة التامة والجريمة

غير التامة فى جرائم الحدود والقصاص، لأن الجريمة التامة دون غيرها هى التى تستوجب عقوبة الحد أو القصاص، أما الجرائم غير التامة فلا تستوجب هاتين العقوبتين وفيها التعزير فقط.

ومن الخطإ البين أن يظن البعض أن الشريعة لاتعرف الشروع فى الجرائم، إذ الظاهر لما تقدم أنها عرفت الشروع حق المعرفة، وكل مافى الأمر أنها عالجته بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية . ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع فى الجرائم، لأن الأفعال التى لم تتم تدخل فى جرائم التعازير كلما تكون منها معصية، وتُعَدّ جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلا، فليس هناك مايدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها مادام أن ما تم منها يُعَدّ فى ذاته جريمة تامة. وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا : إنها جرائم الشروع، فلن نأتى بشيء جديد، وإنما هو إطلاق تسمية جديدة على بعض جرائم التعازير، وتمييز لبعض جرائم التعازير من بعضها الآخر، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التمييز، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها فى القوانين الوضعية .

ونظرية الشريعة فى الشروع أوسع مدى منها فى القوانين الوضعية، فهى تعاقب على الشروع فى كل جريمة إذا كون الفعل غير التام معصية، وهى تسير على هذه القاعدة دون استثناء. فمن رفع على إنسان عصا ليضربه بها فحيل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لمعصية يعزر عليها، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لمعصية عقوبتها التعزير. أما القوانين الوضعية فتعاقب غالبا على الشروع فى أكثر الجنايات،وعلى الشروع فى بعض الجنح،دون البعض الآخر،وليس لها قاعدة عامة فى هذا.

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل، فإن الجرح إذا أدى للموت عُدَّ الفعل قتلا عمدا، وإذا شفى المجنى عليه عُدَّ جرحا فقط وعوقب عليه الجانى بعقوبة خاصة. أما إذا أراد الجانى أن يقتل المجنى عليه فلم يصبه، فالفعل معصية وفيه التعزير .

ففقهاؤنا يساوون فى العقوبة التعزيرية بين الشروع والجريمة التامة، وهذا هو ما تسير عليه القوانين الوضعية من حيث المبدأ. لكن دراسة الشروع ضرورية لوضع الحد بين مجرد التحضير للجريمة والشروع فيها .. لأن النصوص فى بعض الأحيان تضع للشروع عقوبة أقل من عقوبة الجريمة التامة .. لكن هذه أحوال استثنائية، وفى غيرها يطبق الأصل العام وهو أن الشروع يعاقب عليه بعقوبة الجريمة التامة .

وسنرى أن فقهاءنا يفرقون بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة فيما يتعلق بجرائم القصاص والحدود، إذ إن عقوبة الشروع فى هذه الجرائم تكون دائما تعزيرية فقط كما أكده لنا فيما بعد (البند 251) .

القول بأن فقهاءنا لم يستعملوا كلمة الشروع لا يجوز أن يفهم منه أنه لا عقاب عليه فى شريعتنا، إنما قصد بذلك أنه فى الجرائم ذات العقوبة المقدرة شرعا – إنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية فقط يقدرها القاضى ولا تطبق عقوبة الحد أو القصاص المقررة للجرائم أى للفاعل الأصلى. لكن من المؤكد أن هذا الاصطلاح مستحدث ولاوجود له فى كتب التراث، ويحسن بنا أن نستفيد من مصطلحات الفقه الوضعى فى هذا المجال كما سيوضحه فقيهنا .

وهذا مستفاد من قوله: "يُعَدّ كل شروع معاقب عليه معصية فى حد ذاته، أى أنه جريمة تعزيرية تامة .." ويكون جريمة تعزيرية حتى فى جرائم الحدود والقصاص لأنه لايطبق فيها العقوبة القصوى المقدرة وهى عقوبة الحد – ولاعقوبة القصاص حتى ولو طلبها المجنى عليه .

* * *

اصطلاح "السلطة التشريعية" لاوجود له فى فقهنا، وهو من المصطلحات التى يستعملها شراح القوانين الوضعية العصرية. وإذا كنا قد سعدنا بإيعلانه فى بداية كتابه أنه سوف يستخدم المصطلحات العصرية ... إلا أننا لانوافق على إقحام هذا المصطلح بالذات فى الفقه الإسلامى المعاصر لعدة أسباب :

أهم هذه الأسباب ما يلى :

❁ نستبعد استعمال اصطلاح السلطة التشريعية :

1) أن فقهاءنا وعلماءنا يرون أن الشريعة تتميز على القوانين (الوضعية) التي تضعها الدولة، لأن منبع شريعتنا ومصدرها الأول هو الوحي الإلهي المتمثل في نصوص الكتاب والسنة؛ وإذا صح أن تنسب إلى مشرِّع، فإنهم يقولون إن المشرِّع هو الله سبحانه وتعالى لأن لها مصدرا سماويا أو إلهيًا يميزها من القوانين الوضعية التي تنسب إلى الدولة أو إحدى سلطاتها التي تسمى "السلطة التشريعية".

2) أن الكلام عن "السلطة التشريعية" في دراستنا للفقه يمكن أن يؤدى بالبعض للقول بأن التقنينات الشرعية في التعازير ستكون قوانين وضعية صادرة عن "السلطة التشريعية"، وهو ما يذهب إليه فعلا بعض الذين يردون على المطالبين بتطبيق الشريعة زاعمين أن قوانين العقوبات التي أصدرتها السلطة التشريعية في الدول المعاصرة هى "التعازير" التي فوضت الشريعة ولايتها لأولى الأمر — فالفرق عندهم بين الشريعة والقانون الوضعى هو في الحدود والقصاص وحدهما — وهو زعم خاطئ ورفض في نظرنا..

3) أن كلمة "أولى الأمر" هنا كما قلنا من قبل لا يقصد بها رؤساء الدول ولا أمراؤها وسلاطينها أو "سلطاتها التشريعية" — كما هو الحال بالنسبة للقوانين الوضعية — وإنما هم أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يجب أن يستنبطوا الأحكام من مصادرها الإلهية، وأن يتمتعوا باستقلال كامل إزاء "سلطات الدولة" التي يجب أن تخضع للشريعة وتلتزم بسيادتها وتنفيذها، أى أنها ليست هى التي تضعها .

4) أن المجتهدين أنفسهم سواء كانوا فقهاء أو قضاة لايدَّعون لأنفسهم "سلطة" التشريع ولا يجوز عَدُّهم كذلك، لأن مهمتهم هى استنباط الأحكام من المصادر الشرعية الأصلية — أى مبادئ الكتاب والسنة — بطريق الإجماع والاجتهاد؛ فهم إنما يقدمون آراء أو فتاوى ولايستطيعون أن يلزموا بها إلا من يقتنع بها من الأفراد أو الجماعات.

لذلك فإنهم لا يمثلون إحدى سلطات الدولة لأن ما يصلون إليه من أحكام شرعية هو مجرد فتاوى وآراء علمية وليست قوانين ملزمة .

5) نظرا لتعدد المذاهب وتعدد الآراء داخل كل مذهب، فإن للفرد وللجماعة أن يلتزما بأحدها دون الآخر، ويكون عملها تقليدا من جانب الفرد، أو إجماعا من جانب الأمة أو الجماعة .

6) صحيح أن التقليد أو الإجماع يحتاج إلى قدر من الاجتهاد الشخصى للاقتناع بمذهب أو ترجيح رأى دون غيره من الآراء المتعددة فى المذاهب المختلفة، لكن من يتولى اختيار مذهب أو رأى من الآراء فى أحد المذاهب الفقهية لا يجوز له أن يضع حكما استنبطه لا وجود له فى المذاهب أو الاجتهادات الفقهية التى توصل إليها الاجتهاد والفقه القديم والحديث.

إن الجماعة أو الأمة كالفرد فى التزامها بعدم تجاوز الأحكام التى يستنبطها الاجتهاد والمجتهدون. والدولة التى تمثل الجماعة لا تستطيع أن "تضع" قوانين من عندها. بل هى ملزمة بأحكام الشريعة وأحكامها التى تصل إليها فتاوى المجتهدين – أو إجماعهم.

7) التقنينات الشرعية فى نظرنا تضم ما تختاره الجماعة من أحكام الفقه ويصدرها من يمثلها فى التشريع ليلتزم بها قضاتها. وقد قدمنا أن رأينا أن الإصدار هو ما يسمى فى فقهنا "الإجماع"، ولذلك يجب أن يتم بالشورى الحرة المستقلة عن الدولة.

8) وعلى ذلك، فإن الشعب أو الأمة إذا أصدرت تقنينا شرعيا أعده الفقهاء وأهل الاجتهاد، فإن عملها هو مجرد إعلان اختيارها للأحكام التى استمدتها من فتاوى المجتهدين والفقهاء السابقين أو المعاصرين. فلا يصح وصفها بأنها "قوانين وضعية". ونحن نصر على أن تسمى تقنينات لا قوانين.

ومهمة الأمة وممثلوها هى أنها سلطة "إصدار" فقط لا سلطة تشريع.

9) التفرقة بين سلطة الإصدار وسلطة التشريع موجودة فى القوانين الوضعية، إذ يختص بوضع القوانين المجالس النيابية؛ لكن "رئيس الدولة" هو الذى يختص بإصدارها. فالإصدار ليس تشريعا، لكنه أمر صادر للجهات المختصة بالعمل بالنصوص التى يصدرها من يمثل الدولة وهو رئيسها.. وإن كان الذى شرعها أو استنبطها هو المجلس النيابى. والفرق بيننا وبين القوانين الوضعية أن الإصدار يصدر عمن يمثلون الأمة فى الاجتهاد، لا ممن يمثلون الدولة.... وإذا كان رئيس الدولة هو الذى يوقع بالإصدار، فإنه يفعل ذلك بصفته ممثلا لأهل الاجتهاد أو أهل الحل والعقد، لا بصفته رئيسا للسلطة التنفيذية أو الحكومة وبناء على قرار من أهل الاجتهاد ومنفذا له.

10) لهذه الأسباب نفضل عدم استخدام اصطلاح "سلطة التشريع" بالنسبة للتقنينات الشرعية، حتى تتميز من "القوانين الوضعية" فى المرحلة الحالية بل وفى المستقبل حتى تقتلع التشريعات الوضعية من جذورها.

بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم، فهو أولا يفكر فيها، ثم يعقد العزم على ارتكابها، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيئ الوسائل اللازمة لتنفيذها كشراء سلاح يقتل به، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذى يريد السرقة منه، أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد المجرم معدات الجريمة، انتقل إلى مرحلة ثالثة هى مرحلة التنفيذ. فيبدأ فى تنفيذ جريمته على الوجه الذى فكر فيه وأعدّ له الوسائل .

هذه هى المراحل الثلاث التى يمر بها المجرم حتى يرتكب جريمته . فأى هذه المراحل يُعَدّ معصية وبالتالى جريمة تستحق العقاب ؟ والجواب هو ماسنبينه فيما يلى :

أولا — مرحلة التفكير والتصميم : لايُعَدّ التفكير فى الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير وبالتالى جريمة يعاقب عليها؛ لأن القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤاخذ على ما توسوس له نفسه أو تحدثه به من قول أو عمل، ولا على ما ينتوى أن يقوله أو يعمله؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم" وإنما يؤاخذ الإنسان على ما يقوله من قول وما يفعله من فعل.

وهذا المبدأ الأساسى الذى قامت عليه الشريعة من يوم وجودها هو مبدأ حديث فى القوانين الوضعية، أخذت به جميعا فى عصرنا الحاضر، ولكنها لم تعرفه ولم تأخذ به إلا ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر بعد الثورة الفرنسية، وقبل ذلك كان من الممكن أن يعاقب على النية أو التفكير إذا أمكن إثباتهما. فالشريعة فى تقريرها هذا المبدأ، قد سبقت كل شريعة وضعية، والشرائع الوضعية حين أخذت متأخرة بهذا المبدأ إنما أخذت بأقدم المبادئ الأساسية فى الشريعة الإسلامية. ويبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدأ، أما القوانين الوضعية فلا يزال بها استثناءات للمبدأ، ومن الأمثلة على ذلك: أن القانون المصرى والفرنسى يفرقان بين عقوبة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار أو الترصد، وبين عقوبة القتل العمد الخالى من سبق الإصرار أو الترصد ويشددان العقوبة فى الحالة الأولى ويخففانها فى الثانية .

ثانيا — مرحلة التحضير: لاتُعَدّ مرحلة التحضير أيضا معصية، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها لما يُعَدّ معصية فى ذاته، كمسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسكاره فإن شراء المسكر أو حيازته يُعَدّ بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلى وهو السرقة .

والعلة فى عدم عَدّ دور التحضير جريمة، أن الأفعال التى تصدر من الجانى يجب للعقاب عليها أن تكون معصية، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق لله أى: حق للجماعة أو على حق للأفراد، وليس فى إعداد وسائل الجريمة فى الغالب ما يُعَدّ

<عوده> اعتداء ظاهرا على حق الجماعة أو حقوق الأفراد، وإذا أمكن عَدُّ بعض هذه الأفعال اعتداء فإنه اعتداء قابل للتأويل أى مشكوك فيه. والشريعة لا تأخذ الناس فى الجرائم إلا باليقين الذى لاشك فيه .

ثالثا : مرحلة التنفيذ: هذه هى المرحلة الوحيدة التى تُعَدّ فيها أفعال الجانى جريمة، ويُعَدّ الفعل جريمة كلما كان معصية، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد. وليس من الضرورى أن يكون الفعل بدءا فى تنفيذ ركن الجريمة المادى، بل يكفى أن يكون الفعل معصية، وأن يكون مقصودا به تنفيذ الركن المادى، ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادى أكثر من خطوة. فمثلا فى السرقة يُعَدّ النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يُعَدّ معصية تستحق التعزير، وبالتالى شروعا فى سرقة، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات، هى دخول محل السرقة، والاستيلاء على المسروقات، وإخراجها من الحرز. كذلك يعزر الجانى بحُسبانه مرتكبا لمعصية أو شارعا فى سرقة، إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ماتعرض له أو حاول فعله.

ويُعَدّ الجانى مرتكبا لمعصية يعزر عليها، وبالتالى يُعَدّ شارعا فى الزنا، إذا دخل منزل المرأة التى يقصد الزنا بها، أو اجتمع بها فى غرفة واحدة، أو قبلها أو ضمها، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنا، وهو يعاقب على هذه الأفعال ولو أن بينه وبين الفعل المادى المكون لجريمة الزنا أكثر من خطوة .

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى بحسبانه مرتكبا لمعصية أو شارعا فى السرقة، إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد يستعمله فى فتح الباب أو منقب لينقب به الحائط، ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحائط، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة. ويرى تعزير الجانى كذلك إذا وجد متربصا بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه[1] .

فمقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع هو أن يكون مأتاه المتهم مكونا لمعصية كالنقب، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجانى وقصده من الفعل؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية . وقد جعل أبو عبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقا أساسا كبيرا لنية الجانى، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح، ولكن نية الجانى وحدها هى التى أزالت الشك عن الفعل وعينت المعصية، ووجود الجانى بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجانى قاصدا سرقة هذا المحل أو غيره، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملا آخر غير محرم، ولكن نية الجانى هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية .

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦، ٢٠٧ .

عوده

٢٥٠ ـ *الشريعة والقانون* —: وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى عدم العقاب على مرحلتى التفكير والتحضير، وفى قصر العقاب على مرحلة التنفيذ، ولكن شراح القوانين يختلفون على الوقت الذى يُعَدّ فيه الجانى قد بدأ بالتنفيذ. فأصحاب المذهب المادى يرون أن بدء التنفيذ المكون للشروع هو البدء فى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء فى تنفيذ هذا الفعل، وإذا كانت تتكون من جملة أفعال كان البدء فى أحدها شروعا فى الجريمة، ولا يُعَدّ بدءا فى التنفيذ أى عمل آخر لا يدخل فى الأفعال المكونة للجريمة. ويرى أصحاب المذهب الشخصى أنه يكفى لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل تنفيذ فعل ما، سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤد إليه حتما، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجانى وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله.

والمذهب الشخصى لايختلف فى شىء عن نظرية الشريعة الإسلامية، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة، ولكن نظرية الشريعة مع هذا تتسع لأكثر ما يتسع له المذهب الشخصى؛ لأن الشريعة تعاقب على كل مايأتيه الجانى إذا تكون لما فعله معصية، سواء كان ما فعله الجانى مؤد حتما إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لا يؤدى إليه، كدخول منزل بقصد الزنا بامرأة فيه. أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤديا حتما للركن المادى كالنقب وفتح محل السرقة بمفتاح مصطنع. ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب.

٢٥١ ـ *العقاب على الشروع* —: قاعدة الشريعة الإسلامية فى جرائم الحدود والقصاص ألاّ يستوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التى لم تتم. وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : "من بلغ حدّا فى غير حد فهو من المعتدين"(١).

وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص، فلا يمكن العقاب على الشروع فى الزنا بعقوبة الزنا التام وهى الجلد والرجم، ولا يمكن العقاب على الشروع فى السرقة بعقوبة القطع؛ لأن القطع جعل جزاء الجريمة التامة ولا شك فى أن البون شاسع بين الشروع والفعل التام، فيجب أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل، ويجزى بقدر ما اكتسب، فضلا عن أن التسوية فى العقاب بين الشروع والجريمة التامة تحمل من شرع فى جريمة على إتمامها؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة

(١) تُعَدّ جرائم القصاص وجرائم الحدود حدودا. والحد فى الأصل هو ماكانت عقوبته مقدرة.

عوده — الجريمة التامة بالبدء في تنفيذ الجريمة، فليس ثمة مايغريه بالعدول عنها[١].

ونستطيع أن نقيس الشروع في جرائم التعازير بالشروع في جرائم الحدود والقصاص، فنقول : إن القواعد العامة التي تسرى على جرائم الحدود والقصاص تسرى على جرائم التعازير، ولو وردت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم المهمة يسرى على غيرها.

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط، وهى عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص، ونص الحديث يحتمل هذا التخصيص، فهو "من بلغ حدا في غير حد" والحد الأول هو العقوبة، والحد الثانى هو الجريمة، فالنص قاطع بلفظه بأنه ورد في جرائم الحدود والقصاص دون غيرها، ومن ثم يجوز تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة في غير الحدود خصوصا وأن التعازير غير مقدرة، وللقاضى حرية واسعة في تقدير العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى .

والقوانين الوضعية لا تخرج عن هذين الاتجاهين، فبعضها يسوى بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة، وبعضها يعاقب على الشروع بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة.

---

(١) راجع الفقرة ٤٨١ .

لقد توسع فى شرح إبداء عدم العقاب على ما يُعَدّ من الأعمال التحضيرية الذى توصل إليه الفقه العصرى ليؤكد أنه موجود فى شريعتنا قبل ذلك بقرون عديدة، وأن شريعتنا قد سبقت إليه بتقريره منذ عهد الرسالة، كما أوضح ذلك فقيهنا بإشارته إلى الحديث الشريف المشار إليه (فى البند 251) .

ويرسان أنه قد توسع فى بحث حكم الأعمال التحضيرية وعدم العقاب عليها فى شريعتنا لأنه قصد بذلك إثبات أن هذا المبدأ الذى يتباهى به الفقه والقوانين العصرية ويتوسعون فى الكلام عنه معروف ومقرر فى شريعتنا قبل أن يُعرف لديهم بقرون عديدة.

وهو على حق فى تأكيد سبق شريعتنا للقوانين الوضعية فى تقرير هذا المبدإ .

* * *

ولابد أن نعود لبحث موضوع الظروف المشددة فى دراستنا لأحكام القسم الخاص لكننا نسارع للقول بأنه فيما يتعلق بالحدود والقصاص فإن الجريمة التى تستوجب تلك العقوبات القصوى المقدرة هى التى يتوافر فيها جميع أركانها مضافا إليها ظرف مشدد فى نظرنا. أما فى حالة عدم توافره فتكون العقوبة تعزيرا .

* * *

لكننا لا نوافق على قوله إن ماجرى عليه القانون الوضعى من عَدّ سبق الإصرار والترصد ظرفا مشددا يُعَدّ استثناءً من مبدإ عدم العقاب على الأعمال التحضيرية، بل نرى أنها عوامل أو ظروف إضافية تبرر التشديد، لأنها تدل على تمكن القصد الإجرامى والإصرار على العدوان لدى الجانى مدة طويلة مما يستوجب تشديد العقوبة التعزيرية لكن الترصد وسبق الإصرار ليس جريمة بذاته .

* * *

توسع فى عرض التفرقة بين المذهب الشخصى والمذهب المادى فى الفقه الوضعى بشأن تحديد ما يُعَدّ شروعا أم لا، ونحن نرى أنه أمر يختص به القضاء كما أشار لذلك بالنسبة لمحكمة النقض المصرية، وإن كان المعيار الذى استبطه من كتب فقهائنا يلزم القاضى بأن يراعى عند التفرقة بين الشروع والأعمال التحضيرية ما يُعَدّه معصية شرعية وما لايُعَدّه كذلك .

* * *

❁ الشروع فى الجرائم الخطيرة يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية :

القاعدة التى أشرنا إليها من قبل هى أن شريعتنا تعامل الشروع بحسبانه جريمة متميزة، لكن الأصل أن عقوبتها تعزيرية دائما. ومعنى ذلك أن عقوبة الشروع أخف من عقوبة الجريمة التامة فى جرائم الحدود والقصاص. ويجب القول فى نظرنا إن المبدأ ذاته يطبق فى التعازير، لكن الفارق أن تقدير العقوبة فى التعازير كان متروكا لتقدير القاضى .. فله أن يسوِّى أو لا يسوِّى .. لأن القضاء له حرية أوسع فى تقدير العقوبة التعزيرية سواء بالنسبة للجريمة التامة أو الشروع .. وإن كان فقيهنا يرى غير ذلك (فى البند 251) حيث يقول بأنه يجب تسوية الشروع بعقوبة الجريمة التامة فى التعازير.

ولم يتعرض فقهنا إلى تحديد الجرائم التعزيرية التى يعاقب فيها على الشروع اكتفاء بترك ذلك لتقدير القاضى .

وما أشار إليه من أن الشروع فى الجرائم الخطيرة ذات العقوبات القصوى المقدرة (الحدود والقصاص) له أحكام خاصة يقابله فى القوانين الوضعية أنها تعاقب على الشروع فى الجنايات دائما بعقوبة أخف، ولا تعاقب عليه فى الجنح إلا فى حالات استثنائية بنص خاص يحدد العقوبة التى يلتزم بها القاضى .

ولا شك فى أنه فى حالة التقنين لا بد أن يوضع نص يشير إلى الجرائم التى يعاقب فيها على الشروع لأن الأصل هو عدم العقاب، كما يحدد للقاضى مقدار تلك العقوبة، إن كان أقل من عقوبة الجريمة التامة أو مساوية لها .

إن استقرار فقهنا على عدم تطبيق عقوبات الحدود والقصاص على مجرد الشروع فى الجريمة هو قاعدة مهمة، لأن الأصل العام هو أن هذه العقوبات القصوى لا يجيز المشرع التوسع فى تطبيقها ويفرض إسقاطها لمجرد وجود الشبهة، ومعنى ذلك أن عدم تمام الجريمة أى مجرد الشروع فيها هو فى نظر الفقه شبهة تسقط الحد أو القصاص وتوجب الاكتفاء بعقوبة تعزيرية عند الاقتضاء. ونحن نؤيد ذلك.

كما أن ذلك يرجح أنه فى حالة تقنين التعازير يحسن أن تكون عقوبة الشروع أقل من عقوبة الجريمة التامة .

الجريمة، فإما أن يتمها وإما ألاّ يتمها. فإذا أتمها فقد استحق عقوبتها. وإذا لم يتمها، فإما أن يكون أكره على عدم إتمامها، كمن يضبط وهو يجمع المسروقات من محل السرقة، وإما أن يكون هو الذى عدل مختارا عن إتمامها. وفى حالة العدول، إما أن يكون العدول لسبب ما غير التوبة، كأن يكتفى الجانى بما فعل، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات، أو يرى أن يعاود الكرة فى وقت آخر مناسب، أو يخشى أن يراه أحد، وإما أن يكون سبب العدول هو توبة الجانى وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله.

فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجانى على ذلك كأن يضبطه المجنى عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة، فإن ذلك لا يؤثر على مسئولية الجانى فى شىء، مادام أن الفعل الذى أتاه يُعَدّ معصية.

وإذا عدل الجانى عن إتمام الجريمة لأى سبب غير التوبة، فهو مسئول عن الفعل كلما عُدّ الفعل معصية، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد. فمثلا إذا قصد سرقة منزل فنقبه أو كسر بابه، ثم عدل عن دخوله؛ لأنه رأى الحارس يمر فى هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئا؛ لأنه عجز عن فتح خزانة النقود، أو ليأتى بزميل له يعاونه فى فتح الخزانة أو يعاونه فى حمل المسروقات، فهو فى كل هذه الحالات يعاقب بالرغم من عدوله؛ لأنه عدل لسبب غير التوبة؛ ولأن ما وقع منه فعلا يُعَدّ معصية؛ فالنقب معصية، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية، وكسر باب منزل الغير معصية. أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأى سبب وعاد، فإنه لا يعاقب؛ لأن ما فعله لا يُعَدّ اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يُعَدّ معصية، وإذا لم يُعَدّ الفعل معصية فلا عقاب.

٢٥٣ـ العدول للتوبة : أما إذا كان سبب عدول الجانى عن الفعل هو توبته ورجوعه إلى الله، فإن الجانى لا يعاقب على ما فعل،، إذا كانت الجريمة هى جريمة الحرابة، وذلك لقوله تعالى : ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة: ٣٤]. فالمحارب إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عقوبته بالرغم من أنه أتى الجريمة التامة. وإذا كان هذا هو حكم من أتم الجريمة، فأولى به أن يكون حكم من لم يتمها .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحرابة[1] إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب، فإنهم اختلفوا فى أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة، ولهم فى ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : ويقول بها بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد. ومجمل رأيهم أن التوبة تسقط العقوبة، وحجتهم فى ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة، وجريمة الحرابة هى أشد الجرائم، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الحرابة من الجرائم. وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة، وذلك قوله تعالى: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء: ١٦]. وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة فى قوله تعالى: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه﴾ [المائدة:٣٩]. وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "التائب من الذنب كمن لا ذنب له". ومن لا ذنب له لا حد عليه. وقال الرسول فى ماعز لما أخبر بهربه : "هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه".

ويشترط هؤلاء الفقهاء لتسقط التوبة العقوبة أن تكون الجريمة مما يتعلق بحق الله، أى أن تكون من الجرائم الماسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب، وألاّ تكون مما يمس حق الأفراد كالقتل أو الضرب. ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطاً آخر، وهو أن تكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل، وهذا الشرط يقتضى مضى مدة يعلم بها صدق التوبة، ولكن البعض الآخر يكتفى بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل[2] .

---

(١) من المتفق عليه أن التوبة تسقط فقط ما يمس حقوقا للجماعة، أما ما يمس حقوق الأفراد فلا يسقط بالتوبة. فالمحارب إذا أخذ المال فقط ثم تاب سقطت عنه عقوبة القطع بالتوبة ولكنه يلزم برد المال، وإذا أخذ المال وقتل ثم تاب سقطت عنه عقوبة القتل حدا ولكنه يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة القصاص إلا بعفو أولياء القتيل .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٦، المغنى جـ ١٠ ص ٣١٦، ٣١٧ .

عودة ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عمن يعدل عن إتمام جريمته تائبا كلما كانت الجريمة لما يمس حقوق الجماعة، أما الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يؤدى العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة.

النظرية الثانية : وهي نظرية مالك وأبى حنيفة وبعض الفقهاء من مذهبى الشافعي وأحمد، ومجمل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا فى جريمة الحرابة للنص الصريح الذى ورد فيها ؛ لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة ، فالله أمر بجلد الزانى والزانية فقال : ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢]. فجعل الجلد عامًا للتائبين وغير التائبين، وقال تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[المائدة:٣٨]. فجعل القطع للتائب وغير التائب. وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة، وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم، وقد سمى الرسول فعلهم توبة، فقال فى حق المرأة : "لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم" .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شبها بين المحارب وبين غيره من المجرمين حتى يقاس أحدهما على الآخر. فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعلت التوبة مسقطة لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه تشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد فى الأرض. أما المجرم العادى فهو شخص مقدور عليه دائما، فليس ثمة مايدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة، بل إن العقوبة هى التي تزجره عن الجريمة، وفضلًا عن ذلك فإن القول بأن التوبة تسقط العقوبة يؤدى إلى تعطيل العقوبات؛ لأن كل مجرم لايعجز عن ادعاء التوبة[1] .

ويترتب على هذه النظرية أن عدول الجانى عن إتمام جريمته تائبا راجعا إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما عُدّ فعله معصية .

النظرية الثالثة : وهي نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الحنابلة، وعندهما أن العقوبة تطهر من المعصية، وأن التوبة تطهر من المعصية وتسقط العقوبة فى الجرائم التي تمس حقا لله، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم سقطت عقوبته، إلا إذا

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٠، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٦، أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٦، المغنى جـ ١٠ ص ٣١٦ .

<عوده> رأى الجانى نفسه أن يتطهر بالعقوبة، فإنه إذا اختار أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته[1].

ويترتب على هذه النظرية أن من عدل عن إتمام جريمته تائبا تسقط عنه العقوبة إذا كانت الجريمة لما يمس حقا لله، أى حقا من حقوق الجماعة،، ما لم يطلب الجانى نفسه أن يعاقب. أما إذا كانت الجريمة تمس حقا للأفراد فلا تسقط العقوبة.

والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية هى أن توبة الجانى لا تسقط العقوبة. وهذا يتفق مع نظرية مالك ومن معه. ولكن بعض القوانين الوضعية لا تعاقب الجانى إذا عدل مختارا عن إتمام الجريمة، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة تسقط العقوبة. وبعض القوانين الوضعية لا تخلى الجانى من المسئولية عن الشروع ولو عدل عن إتمام الجريمة مختارا كالقانون الإنجليزى والقانون الهندى[2].

(١) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٩٧، ١٩٨.

(٢) يراجع البحث المقارن عن أثر التوبة فى الجزاءات الجنائية فى القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور / شكرى الدقاق أضفناه فى الجزء الرابع والأخير من المجلد الأول عند حاشيتنا على البند ٥٣٠ فيما بعد.

ما في الجريمة المستحيلة :- ليس في أقوال الفقهاء ما يشير إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة. والجريمة المستحيلة كما يعرفها شراح القوانين الوضعية هي التي يستحيل وقوعها: إما لعدم صلاحية وسائلها، كمن يطلق على الآخر بقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة، وإما لانعدام موضوعها، كمن يطلق عيارا على ميت بقصد قتله وهو غير عالم بموته .

وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نظر فقهاء القانون الوضعي ومناقشاتهم في القرن الماضي، وكان بعضهم يرى العقاب على الشروع فيها، وبعضهم لا يرى ذلك . أما اليوم، فقد اتجه الرأى إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالمذهب المضاد، وهو المذهب الشخصي، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته، فمتى كانت الأفعال التي أتاها تدل صراحة على قصد الفاعل فهو شارع في الجريمة وتجب عليه عقوبة الشروع.

ورأى أصحاب المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يستوى في الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة لوسائلها أو موضوعها والغاية منها، فإن ذلك كله لا ينفي مسئولية الجاني إن كان ما فعله معصية. ولا شك في أن محاولة الجاني الاعتداء على المجني عليه هي في ذاتها معصية بغض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت لنتيجتها أم لم تؤد لذلك، وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع؛ لأن المحاولة في كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة، وما دامت النية الجنائية قد ظهرت وتجسمت في أفعال خارجية تأتي بها الجاني بقصد تنفيذ جريمته فهو جان يستحق العقاب كلما تكون من أفعاله معصية. وإذا كان الفعل لم يلحق أذى فعلا بالمجني عليه، أو كانت الجريمة قد استحال تنفيذها، فإن ذلك أمر يترك تقديره للقاضي، فيعاقب الجاني بالعقوبة التي تتلاءم مع قصده وخطورته والظروف التي أحاطت بتنفيذ جريمته .

العقوبة أو تخفيفها :

الأصل أن الشروع يُعَدّ جريمة معاقبا عليها إذا كان عدم تمام الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجانى لا عن عدوله هو عن إتمامها. والتفصيل الذى توسع فى شرحه عن حالة العدول الاختيارى من جانب الجانى عن إتمام فعله، واختلافات الفقهاء فيما يترتب عليه، سببه أن شريعتنا تعطى أهمية خاصة للتوبة، والعدول الاختيارى عن إتمام الجريمة يُعَدّ توبة وتفرض تشجيع المتهمين على ذلك. ونحن نرجح ما توصل إليه ابن تيمية فى هذا المجال لأنه يتوسع فى إعطاء التوبة أثرها .

وما أشار إليه من الاختلاف فى الفقه العصرى بين الاتجاه الشخصى الذى يرى العقاب على الشروع فى الجريمة المستحيلة والمذهب الآخر الذى يرى عدم العقاب، فإنه فى نظرنا متروك للقضاء فى شريعتنا. ونحن نرجح عدم العقاب حتى لا نضيع على الجانى فرصة التوبة، التى تهتم بها شريعتنا ..

موضوع التوبة له أهمية خاصة فى شريعتنا، لأن العقوبات تقرر بقصد إصلاح الجناة والتوبة دليل على استجابتهم للاستقامة وعدولهم عن سلوك طريق الجريمة – وهذا هو ما تريده التعاليم الدينية ..

وقد توسع فى دراسته للآراء المختلفة فى أثر التوبة لا فى العقاب على الشروع فقط بل فيما يتعلق بالجريمة التامة، بل وفى العقوبة المحكوم بها بعد صدور الحكم – وهو ما نقدره له – لأن هذا الموضوع من خصائص شريعتنا ومميزاتها حيث إنها شريعة إلهية تعطى للاعتبارات الإنسانية أولوية وعناية لا تصل إليها القوانين الوضعية. وسوف نعود له فى كتاب"العقوبة" .

من الواضح أن التشجيع على التوبة من أهم ما عنيت به السنة النبوية، حتى إنها وصلت إلى تقديم النصح للمتهم المعترف بالعدول عن اعترافه والتراجع عنه ليكون ذلك دليلا على توبته. وهذا التوسع فى التوبة يتجاهله كثيرون ممن يدّعون أن العقوبات البدنية المقررة شرعا تُعَدّ فى نظرهم قاسية. وهذا الظن الخاطئ يتجاهل أهمية التوبة التى تؤدى إلى تضييق نطاق هذه العقوبات وتوسيع أسباب امتناعها، وذلك إذا راعينا مايلى:

1) أن على القاضى والمقنن والفقيه أن يتخذوا جميع الأسباب التى تفتح للمتهم طريق التوبة والإنابة – لأن ذلك أنجع فى مكافحة الجريمة وإصلاح الجانى والمجتمع من فرض العقوبة المقررة .

❁ أحكام عديدة هدفها تشجيع التوبة :

2) أن إعلان المتهم للتوبة وجديته فيها يُعَدّ من الشبهات التي يجب على القاضي أن يجعلها سببا لمنع توقيع العقوبة القصوى حدا أو قصاصا، وأن يكتفي بالتعزير المناسب الذي يشجع التائب على الالتزام بالتوبة والاستقامة عند الاقتضاء .

3) أنه في حالة القصاص يكون التصالح مع الجني عليه أو ولي الدم دليلا أكيدا على التوبة والعدول عن طريق العدوان، ولذلك يترتب عليه حتما سقوط عقوبة القصاص والاكتفاء بالتعزير الذي يراه القاضي مناسبا......

4) أن التوبة لا تعفي من أداء الحقوق المدنية مثل رد المسروقات أو دفع التعويض المستحق عن كل فعل يضر بالغير .

5) أن وقف تنفيذ العقوبة أو فترة الاختبار (PROBATION) يجب عَدُّها من وسائل تشجيع المتهمين على التوبة، ولذلك فهي تتفق تماما مع مقاصد شريعتنا وأصولها ولا ضرر من التوسع فيها عملا .

6) ما يسمى الآن بالإفراج الشرطي أو الإعفاء من مدة الحبس في حالة تحسن سلوك المحكوم عليهم بالعقوبات المقيدة للحرية يدخل أيضا ضمن الإجراءات التي تشجع على التوبة، وتحقق مقصد شريعتنا من تشريع التوبة .....

الفصل الثانى
الاشتراك فى الجريمة

عو د ٥ ٥ ٢ - صور الاشتراك -: قد يرتكب الجريمة فرد واحد، وقد يرتكبها أفراد متعددون فيساهم كل منهم فى تنفيذها، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها. وصور المساهمة والتعاون لاتخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالجانى قد يساهم فى تنفيذ الركن المادى للجريمة مع غيره، وقد يتفق مع غيره على هذا التنفيذ، وقد يحرضه عليه، وقد يعينه على ارتكاب الجريمة بشتى الوسائل دون أن يشترك معه فى التنفيذ، وكل واحد من هؤلاء يُعَدّ مشتركاً فى الجريمة سواء اشترك ماديا فى تنفيذ الركن المادى للجريمة أو لم يشترك ماديا فى تنفيذه .

وللتمييز بين من يشترك ماديا ومن لايشترك فى تنفيذ الركن المادى للجريمة، يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادى شريكا مباشرا، ويسمى من لايباشر التنفيذ شريكا متسببا، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر فى الجريمة، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس التفرقة أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادى للجريمة فهو شريك فى المباشرة، وأن الثانى يتسبب فى الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بذله العون ولكنه لايباشر تنفيذ ركن الجريمة المادى فهو شريك بالتسبب[1] .

ولعل فى التفريق بين الشركاء المختلفين على هذا الوجه مايزيل اللبس الذى يحدث من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك دون تمييز بين من يباشر الجريمة ومن لم يباشرها، ولعل رجال القانون فى مصر أول من يعانى من هذا اللبس حيث جرى الشراح المصريون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠ .

عنى فقهاؤنا بالتفرقة بين نوعين من المشاركين فى الجريمة :

أولهما : يسمونه الشريك المباشر، الذى ساهم فى الفعل التنفيذى المعاقب عليه، أى أنه شريك فى الفعل المكوِّن للجريمة؛ فهو فى الحقيقة فاعل أصلى؛ ويعبر عنه فى الفقه الوضعى بأنه "فاعل مع غيره". والمعيار الذى يحدد ذلك هو أننا لو فرضنا أنه كان يرتكب الجريمة وحده ولم يرتكب سوى هذه المساهمة، فإن جريمته تكون شروعا معاقبا عليه.

أما النوع الثانى : فيسمونه الاشتراك بالتسبب، وذلك بمجرد قيام شخص بتسهيل مهمة الفاعل بمساعدته وكذلك بالتحريض عليها أو الاتفاق مع الفاعل الأصلى. ومعيار التفرقة بينه وبين الاشتراك المباشر، هو أنه لو وقف الأمر عند هذا الحد ولم يبدأ الفاعل فى تنفيذ جريمته فإن مجرد الاتفاق أو التحريض أو المساعدة لا يعاقب عليه بصفته شروعا لأنه لا يُعَدّ عملا تنفيذيا[1] ... ومع ذلك، ففى هذه الحالة إذا ارتكب الفاعل الأصلى الجريمة يعاقب المحرض والمتفق بعَدِّه شريكا، لأن الجريمة قد وقعت فعلا بارتكاب الفاعل الأصلى لها نتيجة لهذا التحريض أو المساعدة أو الاتفاق.. وفعل الشريك هنا يعاقب عليه لأنه تسبب فى وقوع الجريمة بالتحريض أو الاتفاق، وسهَّل للفاعل الإقدام عليها بالمساعدة، فى حين أن الجريمة لو لم ترتكب فعلا فإن عمله يكون مجرد عمل تحضيرى لاعقاب عليه فمسئوليته ناتجة عن فعل الفاعل الأصلى ومرتبطة به، ومساهمته فيه كانت فى نطاق التشجيع أو التحريض أو المساعدة .

من يسمونه الشريك المباشر فى فقهنا تَعُدّه القوانين العصرية فاعلا فى حالة تعدد الفاعلين ولا يوصف بأنه مجرد شريك، والنتيجة واحدة .

(1) يراجع البند رقم (258) .

 ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن فقهاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالتسبب. ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علتان :

العلة الأولى: إن الفقهاء كما ذكر من قبل[1] قصروا همهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وهى جرائم الحدود والقصاص، لأنها جرائم ثابتة لا تقبل التغيير والتعديل، ولأن عقوباتها مقدرة لا تقبل الزيادة أو النقص. أما جرائم التعزير، فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاما خاصة، لأنها فى الغالب جرائم غير ثابتة، تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر، كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة، فهى تقبل الزيادة والنقص.

العلة الثانية : إن القاعدة العامة فى الشريعة أن العقوبات المقدرة تقع على من باشر الجريمة دون المتسبب، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أبى حنيفة ولكن بقية الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس وما دونها، أى جرائم القتل والجرح، وحجتهم فى ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بالمباشرة والتسبب، وأنها تقع كثيرا بالتسبب، فلو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على المتسبب مع أنه نفذ الركن المادى للجريمة كما فعل المباشر. ويقصى هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين، أما الشركاء المتسببون فيخضعونهم للقاعدة العامة .

ويترتب على القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك فى جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة؛ لأن العقوبة المقدرة لا تقع إلا على الشريك المباشر فقط. فجريمة الاشتراك بالتسبب هى من جرائم التعازير فى كل حال، سواء اشترك الشريك المتسبب فى جريمة من جرائم الحدود والقصاص، أو اشترك فى جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشتراك المباشر، وإهمالهم الاشتراك بالتسبب، فقد اهتموا بالاشتراك المباشر؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع، وقد أهملوا الاشتراك بالتسبب؛ لأن الشريك بالتسبب لا يعاقب بعقوبة الحد أو القصاص، وإنما يعزر، فجريمته دائما من جرائم التعازير، ولو أنه اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

(١) راجع الفقرة ٢٤٨ .

عوده والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالا كليّا، بل تعرضوا له فى أثناء بحث الجناية على النفس أو مادونها أى جرائم القتل والجرح؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة وإما بالتسبب، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وماذكره الفقهاء عن الاشتراك بالتسبب بمناسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التى بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك. وسنرى فيما بعد أن هذه القواعد لاتختلف فى مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبب فى أحدث القوانين الوضعية.

النتيجة العملية للتمييز بين الاشتراك بالمباشرة والاشتراك بالتسبيب فى فقهنا تظهر فى نوع العقوبة ومقدارها – فى جرائم الحدود والقصاص – تمشيا مع المبدإ الذى سار عليه الفقه فى تضييق نطاق تطبيق هذه العقوبات البدنية المقدرة، إذ إنهم جعلوا مبدأ التسوية بين الفاعل الأصلى والشريك فى العقوبة القصوى مقصورا على الشريك المباشر – لأنه فى الحقيقة يُعَدّ فاعلا مع الفاعل الأصلى فى الفقه المعاصر.

أما من يشترك بالتسبب (بالتحريض أو الاتفاق أو بالمساعدة) فالراجح عندهم هو أن عقوبته تكون تعزيرية فقط دائما، مع خلاف بين أبى حنيفة وغيره فى مدى هذه القاعدة، كما بينه.

ونحن نرجح رأى الفقهاء الذين خالفوا أبا حنيفة وقرروا المساواة فى العقوبة بين الشريك بالتسبب والفاعل الأصلى فى جرائم القصاص، لأنها عدوان مباشر على حرمة جسم الإنسان وحياته، ويجب عدم التساهل مع من يحرض عليها أو يتفق مع مرتكبها أو يساعده.. وهذا يُعَدّ استثناء من المبدإ الذى سرنا عليه دائما فى تضييق نطاق تطبيق القصاص لأنه من العقوبات البدنية، ونظيره فى الفقه الوضعى أن الشريك فى الجنايات كلها يستحق عقوبتها المقررة للفاعل الأصلى..

كما نشير إلى ما ذكره (فى الفقرة ثانيا من البند 258) من اتجاه الفقه الإسلامى إلى عَدِّ الشريك بالتسبب فاعلا حقيقيا إذا كان الفاعل الأصلى مجرد أداة فى يده بسبب عدم تمييزه أو خضوعه لإرادته وسيطرته – وهذا استثناء آخر له نظير فى الفقه الوضعى مثل الاستثناء السابق.

ونحن نوافق على هذين الاستثناءين لحاجتنا إلى مزيد من الردع فى الجرائم الماسة بسلامة جسم الانسان وحياته.

‹عوده› ٢٥٧ ـ شروط الاشتراك العامة :- والاشتراك سواء كان مباشرا أو غير مباشر له شرطان عامان يجب توافرهما لعدّ الاشتراك جريمة، وهذان الشرطان هما :

أولا – أن يتعدد الجناة، فإذا لم يتعددوا فليس هناك اشتراك مباشر، ولا غير مباشر.

ثانيا – أن ينسب إلى الجناة فعل محرم معاقب عليه، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقبا عليه فليس هناك جريمة وبالتالى لا اشتراك .

المبحث الأول
في الاشتراك المباشر

٢٥٨ - *الاشتراك المباشر*: الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد في حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادى، وهو ما نسميه اليوم بتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلي في الجريمة. ولكن الفقهاء يلحقون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالتسبب ويجعلون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالتسبب لا يباشر ركن الجريمة المادى بنفسه. وعلى هذا يُعَدّ مباشرا للجريمة: أولا: من يرتكبها وحده أو مع غيره. فمن قتل إنسانا أو سرق متاعه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة. وإذا اشترك اثنان أو ثلاثة في القتل فأطلق كل منهم عيارا على المجنى عليه فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل. وإذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق.

مسئولية المباشر في حالتي التوافق والتمالؤ: يفرق أغلب الفقهاء بين مسئولية الشريك المباشر في حالة التوافق وبين مسئوليته في حالة التمالؤ. ففي حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط، ولايسأل عن نتيجة فعل غيره، كشخصين ضربا ثالثا فقطع أحدهما يده وقطع الثانى رقبته، فيسأل الأول عن القطع، ويسأل الثانى عن القتل. أما في حالة التمالؤ فيسأل كل منهما عن القتل.

والتوافق معناه أن تتجه إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق، بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصى والفكرة الطارئة، كما هو الحال في المشاجرات التى تحدث فجأة، فيجتمع لها أهل المتشاجرين دون اتفاق سابق، ويعمل كل منهم بحسب ما تمليه عليه رغبته الذاتية وفكرته الطارئة، ففي هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافقا، ولكن كلا منهم لايسأل إلا عن فعله فقط، ولايتحمل نتيجة فعل غيره.

أما التمالؤ فيقتضى الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعا قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين، ويتعاونون في أثناء وقوع الحادث على إحداث ماااتفقوا عليه، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة فضربه أحدهما بسكين فقطع أصبع يده، وذبحه الثانى، فإنهما يُعَدّان متمالئين على جريمة القتل، وكلاهما مسئول عن القتل لهذا التمالؤ.

(عوده) ولايفرق أبو حنيفة بين التوافق والتمالؤ، فحكمهما عنده واحد، والجانى لايسأل فى الحالين إلا عن فعله فقط[١] . أما بقية الأئمة فيفرقون بين التوافق والتمالؤ على الوجه الذى سبق بيانه[٢]، على أن بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد يأخذون برأى أبى حنيفة[٣] .

متى يعد الجانى شريكا مباشرا ؟ : يعد الجانى شريكا مباشرا كلما أتى فعلا يُعَدّ به أنه بدأ فى تنفيذ الجريمة، وهو يُعَدّ كذلك كلما أتى فعلا يُعَدّ معصية قاصدا به تنفيذ الجريمة، فهو يُعَدّ مباشرا للجريمة كلما عُدَّ شارعا فى تنفيذها بتعبيرنا العصرى سواء تمت الجريمة أو لم تتم؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على عَدِّه شريكا مباشرا، وإنما أثره قاصر على العقوبة، فإن تمت الجريمة وكانت حدا وجبت عقوبة الحد،وإن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط، فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالعقوبة هى التعزير فى حالة التمام وعدم التمام .

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية فى الشروع تتفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصى فى القوانين الوضعية[٤]، وهى النظرية السائدة فى معظم القوانين والتى يتجه إليها معظم الشراح. ونزيد هنا أن نظرية الشريعة فى الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذى قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهى تتفق مع ماتأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصرى .

ثانيا : يُعَدّ مباشرا للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة فى يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا المبدإ، ولكنهم يختلفون فى تطبيقه. فمن يأمر شخصا غير مميز أو شخصا حسن النية بقتل آخر فيقتله، فإن الآمر يُعَدّ فاعلا مباشرا للجريمة عند مالك والشافعى وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادى، لأن المأمور كان أداة فى يد الآمر يحركه كيف يشاء[٥]. أما أبو حنيفة فلا يَعُدّ الآمر

---

(١) الزيلعى جـ ٦ ص ١١٤ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٨،٢١٧، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦٣،٢٦١، تحفة المحتاج جـ ٤ ص ١٥،١٤، حاشية البيجيرمى على المنهج جـ ٤ ص١٤٠، الإقناع جـ ٤ ص٧١.

(٣) المغنى جـ ٩ ص ٣٦٦، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٣٥، المهذب جـ ٢ ص ٧١٦ .

(٤) راجع الفقرة ٢٥٠ .

(٥) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٨،٢١٦، المهذب جـ ٢ ص ١٨٩، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤٤ ، المغنى جـ ٩ ص ٣٣١ .

مباشرا إلا إذا كان أمره إكراها للمأمور، فإن لم يبلغ الأمر درجة عوده
الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشرا ولا يأخذ حكم المباشر[1] .
وعُدَّ الشريك بالتسبب مباشرا هى نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشراح، فمن القوانين والشراح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بها، وكان القانون المصرى يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ١٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الآمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل الجبرية بحسبانه فاعلا أصليا لا شريكا للفاعل[2] . أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصرى يَعُدّ الآمر شريكا كما هو ظاهر النص، ولكن المحاكم المصرية لا تزال مع ذلك على عَدِّ الشريك المتسبب مباشرا متأثرة فى هذا بقوة النظرية ورجوح رأى مؤيديها، فكأن المحاكم المصرية تأخذ اليوم فى هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠.
(٢) راجع المادتين ٢٢٣، ٢٢٤ من قانون العقوبات المصرى الصادر فى سنة ١٨٨٣.

257، 258 – شرط العقاب على الفعل الأصلى وعقوبة الشريك المباشر :

الشرط الأول الذى ذكره من الشروط العامة للعقاب على الاشتراك بنوعيه واضح وبديهى. أما الشرط الثانى، فإنه يحتاج إلى توضيح أكثر، لأن العقوبة فى الاشتراك إنما هى مستمدة من الصفة الإجرامية للفعل الأصلى الذى يعاقب عليه الفاعل للجريمة، وعليه فإن انتفاء صفة الجريمة عن الفعل الذى ارتكبه الفاعل الأصلى يستلزم حتما انتفاء صفة الجريمة عن شركائه سواء كان اشتراكهم بالمباشرة أو بالتسبيب.

* * *

التمالؤ أقوى من مجرد التوافق، لأن فيه قصد التعاون على تحقيق نتيجة معينة يقصدها الطرفان، فهما يتحملان مسئوليتها بالتساوى ولو كان الفعل الذى أدى إليها منسوبا لأحدهما لأن الآخر كان متفقا على ذلك ومساعدا له وقاصدا أن يرتكب الفعل بنفسه لو اقتضى الأمر ذلك، ولذلك فإن الجريمة دخلت ضمن قصده الاحتمالى.

فى الفقرة أولا : نرى أن رأى أبى حنيفة فى عدم التفرقة فى العقوبة بين حالة الشريك المباشر بالتوافق أو التمالؤ، هو الذى أخذ به التشريع المصرى الحالى فى وضع نص خاص بجرائم التجمهر حيث يعاقب من يشاركون فى التجمهر على الجريمة التى يرتكبها أحدهم ولو لم يساهموا فيها مباشرة.

ولكن فى غير هذه الحالة فإننا نرجح التفرقة التى يأخذ بها الفقهاء الآخرون الذين يرون أن الشريك بالتوافق ليس مسئولا عن فعل غيره لأنه لم يكن لديه قصد المشاركة.

وتعليل العقوبة على الشريك فى الفعل فى حالة التمالؤ، هو أن وقوع الجريمة يدخل فيما يسمى "القصد الاحتمالى". فكل من يمالئ غيره فى العدوان يجب أن يتوقع أن يؤدى فعل الغير إلى نتائج خطيرة، ولذلك يعدونها دخلت فى نطاق القصد الاحتمالى.

وفى الفقرة ثانيا : نؤيد قوله إنه يرجح ما ذهب إليه الفقه الإسلامى من أن الشريك بالتحريض أو الاتفاق يُعَدّ فاعلا (أى شريكا بالمباشرة) إذا كان الفاعل الأصلى مجرد آلة فى يده لكونه غير مميز أو لأنه خاضع لإرادته أو سيطرته ..

عود ٢٥٩ـ عقوبة المباشرين: القاعدة فى الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر على العقوبة التى يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده. فعقوبة من اشترك مع آخرين فى مباشرة جريمة هى نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب الجريمة وحده، ولو أن الجانى عند التعدد لا يأتى كل الأفعال المكونة للجريمة.

٢٦٠ـ أثر الظروف المباشر على العقوبة: وإذا كانت عقوبة الجريمة واجبة على كل مباشر وإن اشترك مع غيره، إلا أن عقوبة كل مباشر تتأثر بظروفه الخاصة. والأصل فى ذلك أن العقوبة المستحقة على كل جان تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل، وقصد الفاعل. فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناة اعتداء، وبالنسبة للثانى دفاعا لصائل أى دفاعا شرعيا. وبالنسبة للثالث تأديبا. وقد يكون أحد الفاعلين مجنونا، وأحدهم عاقلا، وقد يكون أحدهم عامدا، وأحدهم مخطئا. وكل هذا يؤثر على العقوبة؛ فمن كان فى حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إلا إذا لم يجاوز حد الدفاع أو التأديب، ومن كان مجنونا فلا عقاب عليه، بخلاف العاقل المميز، ومن كان مخطئا نزلت عقوبته عن عقوبة العامد.

٢٦١ـ هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه؟: القاعدة فى الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة فى الفعل، أو لصفة فى الفاعل أو لقصد الفاعل، فإن عقوبة الشريك الآخر الذى لم تتوافر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو صفته أو قصده. فإذا جرح شخص آخر دفاعا عن نفسه، وتعمد ثالث جرحه بقصد قتله، فمات من الجرحين، فإن الجانى الأول يعفى من العقاب؛ لأن وجوده فى حالة دفاع شرعى أباح له الفعل، ويعاقب الثانى بعقوبة القتل العمد؛ لأن فعله عدوان متعمد، ولايؤثر على عقوبته أنه اشترك فى القتل مع من يباح له القتل؛ لأن إعفاء الأول كان لصفة فى فعله لم تتوافر فى فعل الثانى. وإذا اشترك مجنون مع عاقل فى ارتكاب جريمة، أعفى الأول من العقوبة لجنونه، وعوقب الثانى بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون للإعفاء الأول أثر على عقوبة الثانى، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توافرت فى الأول ولم تتوافر فى الثانى. والأب حين يشترك مع غيره فى قتل ولده لايقتص منه، ولكن الغير يقتص منه؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة فى الأب، وهى صفة خاصة به لاتتوافر فى شريكه فلا يستفيد منها الشريك. والعامد والمخطئ إذا اشتركا فى جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده، فعلى العامد عقوبة العمد، وعلى المخطئ عقوبة الخطإ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثانى؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجانى وهو معنى لا يتوافر فى العامد[1].

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٨، ٢١٩، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٣٩، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠١، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها، المهذب جـ ٢ ص ٢٩٧، المغنى جـ ٩ ص ٣٧٣، ٣٧٩ وما بعدها.

عوده هذه هي القاعدة الأساسية فى الشريعة الإسلامية، ولا خلاف عليها بين الفقهاء. وإذا كانوا قد اختلفوا عند تطبيق القاعدة على جرائم الحدود والقصاص، فإن الخلاف ليس فى الواقع على تطبيق هذه القاعدة، وإنما الخلاف على تطبيق قاعدة أخرى هى قاعدة درء الحدود بالشبهات. كما أن الخلاف محصور فى الحالات التى يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذى أدى إلى النتيجة المعاقب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين، كحالة القتل من مخطئ وعامد ومن مدافع ومعتد، ومن مجنون وعاقل، ومن صبى وبالغ، ومن عمل الطبيب وعدوان الجانى. اختلفوا فى هذه الحالات وأمثالها؛ لأن فعل الشريكين أدى للقتل، ومن المحتمل أن يكون فعل أحدهما هو الذى أدى للقتل دون فعل شريكه، فرأى البعض فى قيام هذا الاحتمال شبهة درأ على أساسها الحد عن الشريك الآخر، ورأى البعض أن لاشبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلاً بعقوبته المستحقة عليه. فالخلاف إذن ليس على القاعدة الأصلية، وإنما هو على قاعدة درء الحدود بالشبهات، وإن كانت النتيجة العملية عند من يدرأ الحد أن الشريك يتأثر بظروف شريكه عملاً سواء كانت هذه الظروف قائمة على صفة الفعل أو صفة الفاعل أو قصده.

ونظرية الشريعة فى عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تمام الاتفاق مع النظرية التى أخذ بها قانون العقوبات المصرى، وهى النظرية السائدة فى القوانين الوضعية. فالقانون المصرى ينص على أنه "إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له، فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم. وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها"[1].

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصرى.

حالة تعدد المباشرين (الفاعلين الأصليين في جريمة واحدة) كانت محل نقاش طويل في فقهنا؛ وانتهى الجمهور إلى ترجيح قتل الجماعة بالواحد طالما أنهم جميعا شاركوا بالمباشرة.
وكان سبب الجدل في هذا الصدد هو أن القصاص يفترض التماثل بين الجريمة والعقوبة.
فقد ظن البعض أنه مادام المجني عليه المقتول واحدا، فإن قتل جماعة قصاصا يخل بمبدإ التماثل بين الجريمة والعقوبة. وهذا الرأى له وجاهته في العصر الحاضر، ويؤيده من يطالبون بإلغاء عقوبة الإعدام، لأنه يقلل من حالات الحكم بها قصاصا. ولكن يبقى التعزير واجبا في جميع الأحوال، إذا امتنع القصاص طبقا لهذا الرأى.

* * *

أهم الصفات الشخصية هى ما يتعلق بالمسئولية، لأنه قد يكون هناك موانع مسئولية أو موانع عقوبة خاصة بأحد المشاركين. وهنا لايتأثر بها الآخرون سواء كانوا فاعلين أو شركاء، أى مباشرين أو متسببين، لأن أثرها لا يمتد إليهم. فلو ثبت أن أحد الفاعلين (الشركاء المباشرين) كان مجنونا أو ناقص الأهلية لسبب من الأسباب، أو توافر لديه قصد لم يتوافر لدى غيره، أو كان في حالة دفاع شرعى لا شأن لغيره بها، فلا يتأثر هذا الغير بها .

وتحفظه المتعلق بمراعاة مبدإ درء الحدود بالشبهات وضرورة التوسع فيه هو في محله، ولا يجيز تجاوز هذه القاعدة في جرائم الحدود بل والقصاص كذلك .

المبحث الثاني
فى الاشتراك بالتسبب

٢٦٢ ـ الشـريك المتسـبـب : يُعَدّ شريكا متسببا من اتفق مع غيره على ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرض غيره أو أعانه على هذا الفعل. ويشترط فى الشريك أن يكون قاصدا الاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة . (عوده ٥٥)

٢٦٣ ـ شـروط الاشـتراك بالتسـبـب : ويستخلص مما سبق أن الاشتراك بالتسبب لا يوجد إلا إذا توافرت ثلاث شروط : أولها، فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها، وسيلة لهذا الفعل، وهى اتفاق أو تحريض أو إعانة . وثالثها، أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه . وسنتكلم على هذه الشروط واحدا بعد الآخر فيما يلى :

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشترط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه، وأن يقع هذا الفعل. وليس من الضرورى أن يقع الفعل تاما، بل يكفى لمؤاخذة الشريك أن يكون الفعل غير تام أى شروعا معاقبا عليه. وليس من الضرورى أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك، وقد يعفى الفاعل من العقوبة لصغره أو لجنونه ويعاقب الشريك .

الشرط الثانى : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحريض أو إعانة :

أ – الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا[1] بين التوافق والاتفاق أى التمالؤ. فالتوافق هو توارد خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم. ولا يُعَدّ (المتوافقون) شركاء بالتسبب، وإنما يمكن عَدُّهم شركاء بالمباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق، فيقتضى تفاهما سابقا على ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبب والشريك المباشر، كما يقتضى اتجاه إرادتيهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة. فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق، فلا اشتراك. وإذا كان هناك اتفاق سابق ولكن على غير الجريمة التى ارتكبت، فليس هناك اشتراك. فمن اتفق مع آخر على سرقة جاموسة شخص معين فذهب المباشر وضرب صاحب الجاموسة أو سرق جاموسة شخص آخر، فلا اشتراك. ولكن انعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق مستقلا؛ لأنه معصية .

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٨ .

عوده ولقيام الاشتراك يجب أن تقع الجريمة نتيجة للاتفاق. فإذا وقعت الجريمة المتفق عليها ولكن لم يكن وقوعها نتيجة الاتفاق، فلا اشتراك. فمن اتفق مع آخر على قتل ثالث، وبعد اتفاقهما وقبل حلول الموعد المحدد لارتكاب الجريمة علم الثالث بما دبر له؛ فذهب إلى الموكل بمباشرة الجريمة وحاول أن يقتله، فقتله الآخر دفاعا عن نفسه، فلا مسئولية على المباشر؛ لأنه كان فى حالة دفاع عن النفس، ولكنه هو ومن اتفق معه مسئولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة؛ لأن الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية فى ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوضع .

نظرية المالك : و يَعُدّ مالك من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر فى أثناء ارتكابها أنه شريك مباشر لا شريك متسبب، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يُعِن المباشر إذ كان بحيث إذا لم يباشرها غيره باشرها هو. وهذه نظرية مالك فى الشريكَ المتسبب على الإطلاق، سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة[1]. وينفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقه عليها غيره من الفقهاء .

ب – التحريض : يقصد بالتحريض إغراء المجنى عليه بارتكاب الجريمة. والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة. فإذا كان من وجه إليه الإغراء سيرتكب الجريمة ولو لم يكن إغراء ولا تحريض، فلا يمكن القول بأن التحريض هو الذى دفع الجانى للجريمة. وسواء كان للتحريض أثر أو لم يكن، فإنه يجوز طبقا لقواعد الشريعة العقاب على التحريض مستقلا؛لأن التحريض على ارتكاب الجريمة معصية وأمر بإتيان المنكر .

و يَعَدّ تحريضا: الأمر بالقتل، والإكراه على القتل. والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكون فى وسعه أن يأتى الجريمة أو يتركها، أما المكره فليس كذلك؛ لأن الإكراه يؤثر على اختياره وليس فى وسعه أن يختار إلا بين شيئين : إما إتيان الجريمة، وإما قبول ما يهدد به والصبر عليه .

وإذا كان الآمر ذا سلطان على المأمور كسلطان الأب على ولده الصغير والمعلم على تلميذه، فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه. وإذا لم يكن المأمور صغيرا ولا معتوها ولا مجنونا، ولم يكن للآمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تحريضا عاديا قد ينتج أثره وقد لا ينتجه .

ويفرقون فى حالة وجود سلطان للآمر بين المميز وغيره. فإن كان المأمور غير مميز، ولا يمكنه أن يخالف الآمر فهو أداة للآمر ولو أنه باشر الجريمة، و يُعَدّ الآمر هو المباشر لها ولا يُعَدّ فى هذه الحالة شريكا بالتسبب[2] .

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦، ٢١٨، المهذب جـ ٢ ص ١٨٩، المغنى جـ٩ ص ٣٣١، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠ .

<عود ٥> ويرى مالك أن المحرض إذا حضر فى محل الجريمة فى أثناء مباشرتها يُعَدّ فاعلاً أصليا سواء ساعد المباشر أو لم يساعده،بشرط أن يكون بحيث إذا لم يباشر غيره الجريمة باشرها هو .

جـ – الإعانة : يُعَدّ شريكا فى الجريمة بالتسبب من أعان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل. فمن يراقب الطريق للقاتل أو السارق يُعَدّ معينا له، ومن يستدرج المجنى عليه لمحل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله أو يسرقه فهو معين للقاتل أو السارق، ومن ينتظر خارج محل السرقة ليساعد الجانى أو الجناة فى نقل المسروقات يُعَدّ معينا لهم .

ويميز الفقهاء بين المباشر والمعين. فالمباشر هو الذى يأتى الفعل المحرم أو يحاول إتيانه. أما المعين فلا يباشر نفس الفعل ولايحاول مباشرته، وإنما يعين المباشر بأفعال لا صلة لها بذات الفعل المحرم ولا يُعَدّ تنفيذا لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم من أمسك إنسانا ليقتله ثالث. فرأى البعض أن الممسك شريك معين وليس مباشرا للقتل، وهو رأى أبى حنيفة والشافعى، ورأى فى مذهب أحمد؛ وحجتهم أن الممسك إذا كان تسبب فى القتل بفعله إلا أن الآخر هو الذى باشره، والمباشرة تغلب على السبب إذا لم يكن ملجئا. ورأى البعض أن الممسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل، وهذا رأى مالك والرأى الثانى فى مذهب أحمد؛ وحجتهم أن القاتل باشر القتل والممسك تسبب فيه، وأن المباشرة والسبب تساويا فى إحداث نتيجة الفعل وهى القتل، ولم يكن فى الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعلين[1] .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى عَدِّ هذا معينا وذاك مباشرا، فلا خلاف بينهم فى تعريف المعين والمباشر، وإنما الخلاف يرجع إلى تطبيق القواعد التى تبين الطريقة التى ارتكبت بها الجريمة، وهل هى المباشرة أو التسبب[2] . هذه القواعد تلخص فى أن المباشرة إذا اجتمعت مع السبب لا تخرج عن حالات ثلاث :

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٧، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٤٥، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٤، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٢٣٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ ومابعدها .

عود

الأولى : أن يتغلب السبب على المباشرة، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشرة عدوانا، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة .

الثانية : أن تتغلب المباشرة على السبب، ويكون ذلك كلما قطعت المباشرة عمل السبب ولم يكن السبب ملجئا، كمن ألقى بآخر فى لجة لا تستطيع النجاة منها فلقيه ثالث فى اللجة فقتله .

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كالإكراه على القتل. فإن المكره هو الذى يحرك المباشر ويحمله على ارتكاب الحادث، ولولا الأول لما فعل الثانى شيئا، ولولا فعل الثانى ما أدى الإكراه للقتل .

فالخلاف واقع فى تطبيق هذه القواعد لا فى غيرها. إذ المسلك يُعَدّ متسببا فى القتل والثانى مباشرا له، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب. فمن عَدّ المسلك شريكا مباشرا فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السبب وتساوى عملهما، ومن عَدّ المسلك شريكا بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السبب، وأن عمل المسلك يُعَدّ إعانة على القتل لا مباشرة له.

ويُعَدّ مالك المعين شريكا مباشرا فى حالة التمالؤ على الجريمة، أى فى حالة الاتفاق السابق على الجريمة إذا حضر المعين محل الحادث، أو كان على مقربة منه، بحيث لو استعين به على ارتكاب الجريمة لم يتأخر عن ارتكابها . فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق على الجريمة، وإذا حضر المعين محل الحادث ولم يكن على استعداد لارتكاب الجريمة لو استعين به، فهو شريك بالتسبب فقط . أما بقية الفقهاء فيَعُدُّون المعين شريكا بالتسبب فى كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة .

الشرط الثالث : أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه : ويشترط أن يقصد الشريك من اتفاقه أو تحريضه أو عونه وقوع جريمة معينة، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك فى كل جريمة تقع ما دامت تدخل فى قصده المحتمل. فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما، أو قصد جريمة معينة فارتكب الجانى غيرها فلا اشتراك. فمن أعطى إنسانا فأسا ليزعق بها أرضه فقتل بها آخر، فلا يُعَدّ أنه أعان القاتل على القتل. ومن حرض إنسانا على ضرب آخر فأتلف زراعته لا يُعَدّ شريكا فى جريمة الإتلاف. على أن

عدم مسئولية المحرض بحسبانه شريكا لا يمنع من مسئوليته عن التحريض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها؛ لأن التحريض فى ذاته معصية أى جريمة . ٥٥٥ع

٢٦٤ـ علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة : لا يُعَدّ الاشتراك موجودا إلا إذا كان بينه وبين وقوع الجريمة علاقة السببية المباشرة. فإذا كانت وسيلة الاشتراك هى الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق، فإن لم تكن الجريمة نتيجة الاتفاق فلا اشتراك. وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريض وجب أن تقع الجريمة نتيجة التحريض، فإن وقعت نتيجة لغير التحريض أو لم يكن للتحريض أثر فى نفس المباشر فلا اشتراك. ويجب أن يكون بين الإعانة ووقوع الجريمة علاقة السببية، فمن استدرج إنسانا إلى مكان معين ليقتله آخر فلم يجد القاتل فى المكان المتفق عليه فتركه يعود لمنزله، ثم جاء الجانى بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى المجنى عليه وقتله فى منزله، ففى هذه الحالة لا يسأل المعين بعَدِّه شريكا لانعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة. وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة بعَدِّها معاصى، أى جرائم مستقلة بذاتها، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التى قصدت منها .

❁ 262- 264 – شروط العقاب علي الاشتراك (بالتسبب) :

الشروط الثلاثة للاشتراك بالتسبب تشير إلى ضرورة توافر الركن المادى للجريمة التى ارتكبها الفاعل الأصلى، مع وجود فعل ارتكبه الشريك بمساعدته للفاعل أو الاتفاق معه عليه أو تحريضه، وأن يكون لديه قصد جنائى لأن الاشتراك كالشروع لاعقاب عليه إلا فى الجرائم العمدية .

وقد أشار إلى تفصيل دقيق فيما يخص التحريض. فقد عَدَّه فقهاؤنا جريمة مستقلة يمكن التعزير عليها حتى ولو لم يترتب عليها قيام أحد بتنفيذ الفعل الإجرامى، وذلك لخطورة الدعوة للجرائم واحتمال وقوع الفعل نتيجة لهذه الدعوة. وبذلك، يعاقب المحرض على مجرد الاحتمال لما يترتب عليه من تعريض المجتمع لوقوع الجرائم .

وهناك موضوع آخر سبق أن أشار إليه؛ وهو عَدُّ المحرض فاعلاً للجريمة مع الفاعل الأصلى لا مجرد شريك له فى حالة ما إذا كان الفاعل خاضعا لسيطرته لكونه غير مميز أو تابع له خاضع لسلطته.

وقد بلغ من دقة فقهائنا أن الإمام مالكا يفرق بين درجات التحريض، فيرى أن حضور المحرض فى مكان الجريمة فى أثناء ارتكابها يجعله فاعلاً (مباشرا) وليس مجرد شريك بالتحريض متى تبين أن حضوره كان للتأكد من تنفيذ الجريمة بحيث إذا تردد من حرضه أو تراجع عن ارتكابها باشرها هو بنفسه ..

وهناك تفصيلات أخرى أشار إليها تؤكد مدى ما وصل إليه الفقه من دراسة صور مختلفة من المساعدة وعَدِّ بعضها دليلاً على المباشرة التى تجعل المساعد فاعلاً (بالمباشرة).

وهنا ملاحظة مهمة (فى نهاية البند 264) تستحق التأمل والإنصاف. ذلك أنه سبق له أن بين أن المبدأ الذى سار عليه فقهنا هو أن الاشتراك يعاقب عليه كجريمة تعزيرية متميزة (مثل الشروع أيضا)، وهذا المبدأ مكنهم من التمييز بين درجات مختلفة من التحريض ومن المساعدة؛ و عَدُّ بعضها نوعا من المشاركة يجعل المسئول عنها فاعلاً لا مجرد شريك للفاعل الأصلى بلغة القانون المعاصر .

إن الفقه الوضعى المعاصر يسير على مبدإ مختلف إذ إنه يَعُدّ مسئولية الشريك فى جميع الصور تابعة لمسئولية الفاعل الأصلى، ولذلك يطبِّق عليه مبدأ واحد فى الأحوال التى يفرق القانون فيها بين عقوبة الفاعل والشريك، ويجعلون عقوبة الشريك أخف من عقوبة الفاعل الأصلى فى كثير من الأحوال .

إن عَدَّ الاشتراك معصية فى ذاته مكّن فقهاءنا من إجازة التعزير على المحرض أو المساعد حتى ولو ثبت أنه لا توجد علاقة سببية بين فعله وبين تنفيذ الجريمة فعلا، متى تبين أن ما قام به كان معصية وكان كافيا للتدليل على قصده وسلوكه الإجرامى.

ثم إن عَدَّ الاشتراك جريمة تعزيرية يفسح للقاضى المجال فى تقدير عقوبة كل محرض وكل مساعد على الجريمة مراعيا فى ذلك أهمية ما قام به فى الجريمة ومدى دلالتها على القصد الإجرامى ودوره فى المشروع الذى أدى إلى ارتكاب الجريمة..

وهذا المبدأ الشرعى يمكّن القاضى من فرض عقوبة مناسبة مهما قلّت على من بدرت منه أعمال التحريض أو المساعدة ولو كانت تافهة، لأن فى إمكانه أن يجعل الجزاء فى أدنى درجات التعزير، مثل التأنيب والتوبيخ وما إلى ذلك من صور التعزير التى يمكن وصفها بأنها مجرد تأديب وليست عقوبة جنائية.

عوده ٢٦٥ ـ هل يكون الاشتراك بعمل سلبي؟ : وسائل الاشتراك هي الاتفاق والتحريض والإعانة. والاتفاق والتحريض وسيلتان إيجابيتان بطبيعتهما، ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض. أما الإعانة، فتحتمل بطبيعتها أن تكون سلبية، كمن رأى جماعة يسرقون مترلا فسكت عنهم، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه، أو رأى رجلا يلقى بصغير لا يحسن العوم فى نهر فلم يمنعه ولم ينقذ الصغير. فهل يُعَدّ السكوت فى هذه الأحوال وأمثالها إعانة يؤاخذ عليها أم لا ؟ أغلب الفقهاء لا يرون فى هذه الحالات وأمثالها إعانة لمن باشر الجريمة؛ لأن السكوت، وإن أمكن عَدّه عونا من الناحية الأدبية، إلا أنه لا يمكن عَدّه اشتراكا بالتسبب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية، إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضى التفاهم بين المعين والمباشر، كما تقتضى أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة، وأن تؤدى الإعانة إلى حدوثها. والسكوت على المجرمين فى حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها، السكوت فى هذه الحالة لا يقوم على تفاهم، وإنما قد يكون نتيجة الخوف أو عدم المبالاة. كما أن الساكت لا يقصد من سكوته حدوث الجريمة، وليس بين سكوته وبين ارتكاب الجريمة علاقة السببية التى يجب توافرها بين عون المعين ووقوع الجريمة. ولكن بعض الفقهاء لا يأخذون بهذا الرأى، ويفرِّقون بين القادر على منع الجريمة، ومن لا يقدر على منعها. فأما من يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة، فهو مسئول جنائيا عن سكوته، و يُعَدّ مشاركا فى الجريمة وعونا للجناة، وأما من لايقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فلا مسئولية عليه إذا سكت، ولا يُعَدُّ معينا على الجريمة حيث لم يكن فى إمكانه أن يفعل شيئا، والله لايكلف نفسا إلا وسعها[1].

٢٦٦ ـ عدول الشريك وتأثيره : إذا عدل الشريك عن اتفاقه مع المباشر أو تحريضه له، أو عدل عن تقديم العون إليه، ثم وقعت الجريمة بالرغم من ذلك، فمن السهل فى حالة الاتفاق والإعانة إعفاء الشريك من عقوبة الجريمة التى وقعت؛ لأن ماحدث منه لم يكن سببا فى وقوع الجريمة، أما فى حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب، إلا إذا أثبت المحرض أنه أزال كل أثر لتحريضه، وأن المباشر ارتكب الجريمة وهو غير متأثر بتحريض الشريك. على أن هذا لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض بحسبان كل منهما معصية فى ذاته وبغض النظر عن الجريمة التى وقعت، كما أن هذا لا يمنع من العقاب على العون الذى قدم كلما كان معصية.

(١) المغنى جـ ٩ ص ٥٨٠، ٥٨١ .

المقدرة جعلت للمباشرة الجريمة دون الشريك المتسبب. وتطبيق هذه القاعدة يقتضى أن من اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة أيا كانت وسيلة الاشتراك، أى سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو التحريض أو العون، وإنما يعاقب بالتعزير.

والعلة فى اختصاص هذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة، وأن عدم مباشرة الشريك المتسبب للجريمة يُعَدّ شبهة تدرأ عنه الحد؛ ولأن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرما وأقل خطرا من مباشر الجريمة، ومن ثم لم تستوجب عقوبتها.

لكن إذا كان فعل الشريك المتسبب بحيث يجعله فى حكم المباشر، كما لو كان المباشر مجرد أداة فى يد الشريك المتسبب، فإن الأخير يعاقب فى هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص؛ لأنه يُعَدّ شريكا مباشرا لا شريكا متسببا.

وقد عرفنا نظرية مالك التى تَعُدّ الشريك المتسبب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكا مباشرا إذا حضر تنفيذ الجريمة، وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو، أو اشترك مع غيره فى تنفيذها. وبمقتضى هذه النظرية، يعاقب الشريك المتسبب بعقوبة الحد والقصاص كلما عُدّ شريكا مباشرا.

أما جرائم التعازير، فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين :

١ - فإذا قسناها على جرائم الحدود والقصاص، وجب ألاّ نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب، ووجب أن نجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول. ويمكن تعليل هذا الرأى بأن القواعد التى تنطبق على جرائم الحدود والقصاص، هى نفس القواعد التى تنطبق على جرائم التعازير فى الغالب، وأن الشريك المتسبب أقل خطرا وأخف جرما من الشريك المباشر، فلا معنى للتسوية بين مختلفين .

٢ - وإذا قلنا : إن القاعدة خاصة بجرائم الحدود والقصاص، وإن سبب التفريق بين الشريك المباشر والشريك المتسبب هو شدة العقوبة، وجب أن نقول إن جرائم التعازير لا يفرِّق فيها بين عقوبة الشريك المباشر والشريك المتسبب، وهذا هو الذى نرجحه؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية والعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها، وتترك للقاضى أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والمجرم. كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة، ومادامت العقوبة غير ثابتة وتقديرها متروك للقاضى فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمتسبب، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

عوده

ويترتب على هذا الرأى أنه يصح أن تزيد عقوبة الشريك المتسبب على عقوبة الشريك المباشر، كما يصح أن تقل عنها أو تساويها؛ لأن عقوبات التعازير ذات حدين فى الغالب، وللقاضى حرية تقدير العقوبة من بين الحدين مراعيا فى التقدير ظروف المجرم والجريمة. فإذا رأى القاضى أن ظروف الشريك المباشر تقتضى استعمال الرأفة خفف عنه، وإذا رأى أن ظروف الشريك المتسبب تقتضى استعمال الشدة غلظ عقوبته. ويستطيع القاضى على هذا الأساس أن يرفع عقوبة أحد الشريكين إلى الحد الأعلى، أو أن ينزل بها إلى الحد الأدنى، كما يستطيع أن يسوى بين عقوبة الشريكين إذا رأى أن الظروف تقتضى بالتسوية بينهما .

ما أشرنا إليه من مرونة أحكام التعازير وتوسيع سلطة القضاء فى التقدير على النحو الذى وصل إليه فقهنا، مكن بعض الفقهاء من إجازة تعزير من يمتنع عن القيام بما يوجبه خلق المروءة والشعور الإنسانى من المبادرة إلى منع الفاعل من إتمام جريمته، وكذلك من يعدل عن تقديم المساعدة فى مرحلة التنفيذ قبل إتمام الجريمة وخاصة فى الجرائم الخطيرة كالقتل – فإن الموقف السلبى يدل على خطورة الشريك حتى ولو ثبت أنه لم يكن متواطئا مع الفاعل الأصلى كما هو الحال فى الصور التى أشار إليها.

كما أننا نشير إلى أن الذى مكن فقهاءنا من هذه الدقة المتناهية، هو ما قدمناه من أن "التعزير" أوسع نطاقا من العقوبة الجنائية لأنه يصل إلى حد اتخاذ تدابير الوقاية أو التأديب والتهذيب التى لا نرى أنها توصف بأنها عقوبة جنائية.

* * *

لقد سار الفقه على مبدإ التضييق فى مجال تطبيق العقوبات البدنية فى الحدود والقصاص، وكانا دائما حريصين على هذه القاعدة فى حاشيتنا، لكن عرضه للآراء المختلفة فى الفقه وخاصة فى جريمة القتل جعلنا نلاحظ أن بعض الفقهاء لم يلتزموا بهذا المبدإ فى صور كثيرة من صور الاشتراك فى جريمة القتل بالذات، فعَدُّوا بعض أعمال التحريض وبعض صور المساعدة مسوِّغة لمعاقبة الشريك بحسبانه (مباشرا)، أى فاعلا مع الفاعل الأصلى المنفذ للجريمة – مما يؤدى إلى توقيع عقوبة القصاص عليه– وسوَّغوا ذلك بضرورة الردع والزجر عن ارتكاب هذه الجريمة التى تهدد أعز حقوق الإنسان وأغلاها لديه وهو حقه فى الحياة والبقاء . ولذلك فإننا قد أيدنا هذا الاتجاه برغم ما لاحظناه من أنه يتجاوز عن مبدإ عدم التوسع فى العقوبات البدنية، وإن كنا نفضل أن يترك الأمر لتقدير القضاء – إذا رأى الاكتفاء بالتعزير .

ومجال التعازير واسع يمكن القضاء من اختيار الجزاء المناسب لظروف الفعل والظروف الشخصية للمتهم .

٢٦٨ - أخذ الشريك بقصده الاحتمالى : ويسأل الشريك المتسبب عن الجريمة التى ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التى قصدها الشريك المتسبب، ما دامت الجريمة التى وقعت نتيجة محتملة لاشتراكه، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة. فمن حرض شخصا على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاته، فالشريك المتسبب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة الوقوع لتنفيذ جريمة الضرب. وإذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبتر يده أو شللها، فالشريك المتسبب مسئول عن جريمة إبانة الطرف أو إذهاب معناه؛ لأن هذا من النتائج المتوقعة للضرب .

٢٦٩ - أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب : قد تتأثر عقوبة الشريك المتسبب بالظروف التى تؤثر على عقوبة الشريك المباشر، وقد لاتتأثر بها. وعقوبة الشريك المباشر تتأثر بصفة الفعل،وصفة الفاعل، وقصده كما بينا سابقا[1] .

فأما من جهة الفعل، فإذا ارتكب الشريك المباشر الفعل الذى قصده الشريك المتسبب، فعلى كل منهما عقوبته كلما كان الفعل من جرائم التعزير، أما إن كان الفعل من جرائم الحدود أو القصاص فلكل منهما عقوبته الخاصة للأسباب التى بيناها[2] . وإذا ارتكب المباشر فعلا غير الذى قصده الشريك المتسبب، فلا يعاقب الأخير بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلا فى قصده المحتمل .

وإذا كانت العقوبة قائمة على صفة الفاعل فشددت أو خففت أو انعدمت لصفته، فإن الشريك المتسبب لايتأثر بشىء من هذا؛ لأن التشديد والتخفيف وامتناع العقاب راجع لمعنى فى الشريك المباشر لا يتوافر فى الشريك المتسبب. فإذا كان الشريك المباشر صبيا أو مجنونا فلا عقاب عليه، وعلى الشريك المتسبب العقاب. وإذا كان الشريك المباشر معتادا على الإجرام شددت عليه العقوبة دون الشريك المتسبب. وإذا كان الشريك المباشر صغير السن، خففت عليه العقوبة لصغر سنه ولم تخفف عن الشريك المتسبب .

وإذا كانت العقوبة قائمة على قصد الفاعل عوقب بها الشريك المتسبب إذا لم يكن قصده مخالفا لقصد المباشر، ولا يعاقب بها إذا كان قصده الخاص يوجب عليه عقوبة أقل منها. ويراعى دائما فى كل الحالات أن هناك فرقا بين عقوبة الشريكين فى جرائم الحدود والقصاص.

(١) راجع الفقرتين ٢٦٠،٢٦١ .
(٢) راجع الفقرة ٢٦٧ .

٢٧٠ ـ ظروف الشريك الخاصة : إذا كان للشريك المتسبب صفات خاصة تستدعى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة، فإنها تسرى عليه. فإذا كان عائدا شددت عقوبته، وإذا كان صغير السن خففت عقوبته، وإذا كان معتوها أو مجنونا أعفى من العقوبة. وإذا كان للشريك المتسبب الحق فى إتيان الفعل فحرض غيره عليه، كأن حرض على تأديب ولده، أو تلميذه، أو زوجته، فالفعل يُعَدّ جريمة بالنسبة للمباشر، ولا يُعَدُّ بالنسبة للشريك المتسبب؛ لأنه لو باشر الفعل بنفسه لما عُدّ مجرما. وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسئولية الشريك المتسبب قاصرة على تعدى حد التأديب فقط.

۞ 268 – 270 – مسئولية المتسبب فى الجريمة عن آثارها الاحتمالية، ومرونة التعازير واتساعها أديا إلى إمكان تنوع العقوبة على الاشتراك :

طبقا للملاحظتنا السابقة نجد أنه يشير إلى أن فقهنا وصل إلى عَدِّ الشريك (بالتسبب) مسئولا عن جميع الآثار التى أدى إليها العمل الذى حَرَّض عليه أو ساعد فيه، برغم أنه إنما قصد الفعل ولم يقصد تلك النتائج، إلا أنه يتحمل مسئوليتها بُحسبانها كانت نتيجة محتملة للفعل الذى حَرَّض عليه. والمثال الذى أوردوه خاص بجريمة الضرب المفضى إلى الموت، لما يؤكد العناية الخاصة للحق الإنسانى فى الحياة والبقاء التى جعلت الأفعال التى تهدد حياة الإنسان تستحق قدرا أكبر من الزجر والردع كما قدمنا.

* * *

ما قلناه فى البندين السابقين هو الأساس الذى مكن فقهاءنا من مواجهة جميع الصور المحتملة لوجود ظروف خاصة بأحد الشركاء المباشرين (الفاعلين) أو المتسببين (بالتحريض أو المساعدة) على النحو الذى فصلناه. وهذ يؤكد مرة أخرى أهمية المبدإ الشرعى الذى جعل للتعزير نطاقا واسعا يعطيها مرونة كافية لمواجهة جميع الصور مهما يكن الفارق بينها كبيرا، ومكنهم من تنويع الجزاءات على المشتركين .

عود ٥

٢٧١ ـ *بين الشريعة والقانون* : وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى تعريف الاشتراك بالتسبب، وشروط هذا النوع من الاشتراك، ووسائل الاشتراك، ووجوب توافر علاقة السببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة .

وتتفق نظرية الشريعة فى عقوبة الشركاء فى جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التى يأخذ بها القانون البلجيكى اليوم، فهو يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من عقوبة الشريك المباشر . وتتفق كذلك مع ما أخذ به القانون المصرى فى القتل العمد.

وتتفق نظرية الشريعة فى عقوبة الشركاء فى جرائم التعازير مع النظرية التى أخذ بها القانون المصرى والقانون الفرنسى فى معظم الجرائم، حيث يسوى كلاهما بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب .

وتتفق نظرية الشريعة فى استفادة الشريك المتسبب من ظروفه الخاصة مع ما يأخذ به القانون الإيطالى الذى يقرر هذا المبدأ .

٢٧٢ ـ *العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة* : القاعدة العامة فى الشريعة أن لاعقاب على حديث النفس ووسوسة الصدر وما ينتوى المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم. وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن الله عفا لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها، مالم تعمل به أو تكلم" .

ويترتب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر فى الجريمة وانتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه، ما دام أنه لم يخرج نيته إلى حيز التنفيذ، سواء كان التنفيذ بعمل مثل ارتكاب الجريمة، أو بقول كأن يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأصل فى الشريعة أن الاتفاق على الجريمة والتحريض عليها وإعانة المجرم على جريمته، كل ذلك يُعَدُّ بذاته جريمة مستقلة، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع. وهو يُعَدّ جريمة من وجهين : أولهما : أن الشريعة تحرم الأمر بالمنكر والاتفاق والإعانة عليه، والجرائم هى أشد المنكرات وأكبرها فى الشريعة . وثانيهما : أن الاتفاق على الجريمة والتحريض والإعانة عليها تؤدى إلى ارتكاب ما تحرمه الشريعة وهو الجرائم، والقاعدة الأصولية أن ما أدى إلى المحرم فهو محرم .

وعلى هذا يجوز عقاب من اتفق أو حرض أو أعان على جريمة ولو لم تقع هذه الجريمة؛ لأن مجرد الاتفاق والتحريض والإعانة لا يخرج عن كونه جريمة بذاته، فإذا وقعت الجريمة المقصودة عُدّ المتفق أو المحرض أو المعين شريكا بالتسبب فيها، وكان عليه عقوبتها طبقا للقواعد التى بيناها فيما سبق .

عوده

وينبنى على ماسبق أن التحريض العام على الجرائم معاقب عليه فى الشريعة، وأن الاتفاق الجنائى على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التحريض أو الاتفاق إلى نتائجه المقصودة أو لم يؤد لهذه النتائج .

ومبدأ الشريعة فى العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة بحُسبانها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدئها فى عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول؛ فالمتفق أو المحرض على الجريمة ينوى إتيان الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحريض، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة، فأصبح كل منهم أهلا للعقاب على ما وسوس له نفسه بعد أن أظهره فى عمله أو قوله .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة فى أحد المبدأين وتخالفها فى الآخر. فتتفق القوانين مع الشريعة فى أن لاعقاب على النية مستقلة عن القول أو العمل. ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار، وتخفيفه فى الجرائم العمدية التى لم يصحبها سبق إصرار، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على النية مستقلة عن الفعل . أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجعل له مستثنيات . أما المبدأ الثانى فتخالف فيه القوانين الشريعة، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحريض أو الإعانة، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة، سواء وقعت تامة أو لم تتم. على أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدإ فى كثير من الحالات، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاقات الجنائية بحُسبانها جرائم مستقلة، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها. ومن هذا القبيل مانص عليه قانون العقوبات المصرى فى المادة ٤٧ منه. وهذا الاتجاه الذى اتجهت إليه القوانين الوضعية، هو أخذ بنظرية الشريعة التى تمتاز بأنها أدق منطقا وأوفى بتحقيق حاجات الجماعة. فمن وجهة المنطق: إما أن يكون الاتفاق أو التحريض أو العون محرما لذاته أو غير محرم. فإن كان محرما لذاته، فقد وجب العقاب عليه، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع. وإن كان غير محرم لذاته، فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير محرم؛ ولأن الجريمة وقعت ممن باشرها وهو مختار مميز فلا يسأل عنها غيره؛ ولأن المتفق أو المحرض أو المعين لم يعمل شيئا ما، بعد الاتفاق والتحريض والإعانة، وقد عَدَدْناها غير محرمة لذاتها .

ومن وجهة تحقيق مصلحة الجماعة، فإن نظرية الشريعة تساعد على حفظ النظام وكبح تيار الإجرام، وليس أدل على ذلك من أن القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة أخيرا على الأقل فى الاتفاقات الجنائية .

نصَّ القانون الوضعى فى مصر على أن الشريك يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التى شارك فيها يماثل المبدأ الذى يسير عليها فقهاؤنا فى التعازير، مع ملاحظة مدى المرونة فى الجزاءات التى تُعَدُّ تعزيرا.

وكما أن المشرع الوضعى أشار إلى استثناء الحالات التى ينص فيها على عقوبة للشريك تقل عن عقوبة الجريمة التى شارك فيها – فإن فقهاءنا استثنوا من المبدإ العام (المساواة بين عقوبة الشريك المتسبب وعقوبة الفاعل) جرائم الحدود التزاما بمبدإ عدم التوسع فى العقوبات البدنية.

إلا أننا لاحظنا كثيرا من التردد فى هذا الاستثناء الأخير بصدد جرائم القصاص عندما يتعلق الأمر بجريمة القتل، فإن كثيرا من فقهائنا يرى تطبيق عقوبة القصاص على الشريك فى جريمة القتل أو الضرب المفضى إلى الموت بالذات لأن حماية حياة الإنسان توجب قدرا أكبر من الردع والزجر. وقد أشرنا إلى أننا نؤيد هذا الاتجاه فى مناسبات سابقة.

وقد لاحظنا أيضا أن مرونة التعازير كان لها دور كبير فى استقرار فقهنا بحُسبان الاشتراك (والشروع قبله) جريمة تعزيرية متميزة وليست مجرد امتداد للجريمة الأصلية، وأن هذا المبدأ مكنهم من مواجهة كل قدر من التحريض أو المساعدة بما يناسبه من جزاءات تعزيرية تناسب الدور الذى أداه الشريك فى الجريمة الأصلية وتناسب أيضا ما يدل عليه فعله من اتجاه إجرامى يهدد أمن الجماعة واستقرارها، وخاصة فيما يتعلق بحماية حق الإنسان فى الحياة لأنه أعز الحقوق الإنسانية.. ونقدره لحُسبان سبق الإصرار ظرفا مشددا فى جريمة القتل سبق أن اعترضنا عليه.

فهرس (ب)
أركان الجريمة "عوده"
تعليقات (الصدر)
الحاشية (الشاوى)

الجزء الثاني ـ من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

الباب الأول
الركن الشرعى للجريمة

الفصل الأول
النصوص المقررة للجرائم والعقوبات
أى الأحكام الجنائية الشرعية

رقم البند		الصفحـــــــة الأصل	الحاشية
٢١٣	– مدى إقليمية الشريعة	٣٦٧/ب	
213	– مبدأ الإقليمية	٣٦٨/ب	(289)
٢١٤	– النظرية الأولى	٣٦٩/ب	
214	– ولاية الشريعة وولاية الدولة	٣٧٧/ب	(290)
	– الإهدار لا يعطي للأفراد حقا في الاعتداء على غيرهم لأن القضاء وحده هو الذي له الحكم بالإهدار بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيهة	٣٧٨/ب	(291)
	– العقاب على جميع الجرائم من حقوق الله وحق الجماعة	٣٧٩/ب	(292)
٢١٥	– النظرية الثانية	٣٨٠/ب	
215	– عدم تطبيق عقوبة القصاص ليس أساسه عدم العصمة بل سببه وجود شبهة	٣٨٢/ب	(293)
٢١٦	– النظرية الثالثة	٣٨٣/ب	
216	– التمييز بين اختصاص القضاء وولاية الشريعة	٣٨٦/ب	(294)
٢١٧	– بين الشريعة والقانون	٣٨٧/ب	
٢١٨	– كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام	٣٨٨/ب	
218،217	– تطبيق الأحكام الشرعية على الأفراد وعلى المسئولين في الدول كذلك	٣٩٢/ب	(295)
	– السلطة التي لا تلتزم بأحكام الشريعة يجب تصحيحها بدلا من قيام الأفراد بتنفيذ الحدود على غيرهم	٣٩٣/ب	(296)
	– أول مبادئ شريعتنا التي ندعو لتطبيقها هو أن المسلمين جميعا أمة واحدة ويجوز لكل فرد من أفرادها التنقل بين جميع الدول الإسلامية	٣٩٤/ب	(297)
٢١٩	– نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية	٣٩٥/ب	
٢٢٠	– ما يدخل في دار الإسلام	٣٩٥/ب	
٢٢١	– الشريعة والقانون	٣٩٦/ب	
221-219	– محاولة التقريب بين الشريعة والقوانين الوضعية مع الالتزام بمصادر شريعتنا	٣٩٧/ب	(298)
	– يجب إلزام السلطة في بلاد الإسلام وغيرها باحترام حقوق الإنسان التي تحميها شريعتنا	٣٩٨/ب	(299)

رقم البند		الصفحة: الأصل	الحاشية

الفصل الرابع
فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

بحث إضافى

للدكتور / توفيق الشاوى

الأصول الشرعية تلى المصادر فى الأهمية ودورها فى تجديد الفقه عموما والفقه الجنائى خاصة وأساسها عالمية الرسالة الخاتمة وشمولها.

رقم البند		الصفحة الأصل	الحاشية
٢٧٠	– ظروف الشريك الخاصة	٥٣٦/ب	
270-268	– مسئولية المتسبب فى الجريمة عن آثارها الاحتمالية ومرونة التعازير واتساعها أديا إلى إمكان تنوع العقوبة على الاشتراك	٥٣٧/ب	(364)
٢٧١	– بين الشريعة والقانون	٥٣٨/ب	
٢٧٢	– العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة	٥٣٨/ب	
272،271	– مبدأ من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها مقصور على التعازير	٥٤٠/ب	(365)
	– الفهرس	٥٤١/ب	(366)



رقم الإيداع : ١٩٣٤١/ ٢٠٠٠
I.S.B.N. 977 - 09 - 0681 - 6 : الترقيم الدولي

مطابع الشروق
القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت : ٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب : ٨٠٦٤ ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٣ ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

● هذه هى الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى المجلد الأول للقاضى الفقيه عبد القادر عوده الذى خصصه للقسم العام فى الفقه الجنائى الإسلامى، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة فى فقهنا؛ حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أى دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءتها وأحكامها وعقوباتها. وتبين لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاما التى مضت منذ صدور كتاب القاضى عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية فى الفقه الجنائى.

● وهأنذا أقدم القسم العام أملا أن يشارك أكبر عدد من زملائى من الأساتذة والباحثين المتخصصين فى دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التى تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعدد أجزائها وصفحاتها وإنما تقاس بعدد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هى شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هى ثمرة جهود متكاملة من أجيال متوالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليست مجرد تقنينات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوى